

Martin Fries
Ralf Deutmoser

Mediation im Erbrecht

OPEN ACCESS

 Springer

Mediation im Erbrecht

Martin Fries • Ralf Deutlmoser

Mediation im Erbrecht

 Springer

Martin Fries 
Institut für Internationales Recht
Ludwig-Maximilians-Universität München
München, Deutschland

Ralf Deutlmoser
Rechtsanwaltskanzlei Dr. Ralf Deutlmoser
München, Deutschland



ISBN 978-3-662-66300-4 ISBN 978-3-662-66301-1 (eBook)
<https://doi.org/10.1007/978-3-662-66301-1>

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

Springer

© Der/die Herausgeber bzw. der/die Autor(en) 2023

Dieses Buch ist eine Open-Access-Publikation.

Open Access Dieses Buch wird unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz (<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>) veröffentlicht, welche die Nutzung, Vervielfältigung, Bearbeitung, Verbreitung und Wiedergabe in jeglichem Medium und Format erlaubt, sofern Sie den/die ursprünglichen Autor(en) und die Quelle ordnungsgemäß nennen, einen Link zur Creative Commons Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen vorgenommen wurden.

Die in diesem Buch enthaltenen Bilder und sonstiges Drittmaterial unterliegen ebenfalls der genannten Creative Commons Lizenz, sofern sich aus der Abbildungslegende nichts anderes ergibt. Sofern das betreffende Material nicht unter der genannten Creative Commons Lizenz steht und die betreffende Handlung nicht nach gesetzlichen Vorschriften erlaubt ist, ist für die oben aufgeführten Weiterverwendungen des Materials die Einwilligung des jeweiligen Rechteinhabers einzuholen.

Die Wiedergabe von allgemein beschreibenden Bezeichnungen, Marken, Unternehmensnamen etc. in diesem Werk bedeutet nicht, dass diese frei durch jedermann benutzt werden dürfen. Die Berechtigung zur Benutzung unterliegt, auch ohne gesonderten Hinweis hierzu, den Regeln des Markenrechts. Die Rechte des jeweiligen Zeicheninhabers sind zu beachten.

Der Verlag, die Autoren und die Herausgeber gehen davon aus, dass die Angaben und Informationen in diesem Werk zum Zeitpunkt der Veröffentlichung vollständig und korrekt sind. Weder der Verlag, noch die Autoren oder die Herausgeber übernehmen, ausdrücklich oder implizit, Gewähr für den Inhalt des Werkes, etwaige Fehler oder Äußerungen. Der Verlag bleibt im Hinblick auf geografische Zuordnungen und Gebietsbezeichnungen in veröffentlichten Karten und Institutionsadressen neutral.

Springer ist ein Imprint der eingetragenen Gesellschaft Springer-Verlag GmbH, DE und ist ein Teil von Springer Nature.

Die Anschrift der Gesellschaft ist: Heidelberger Platz 3, 14197 Berlin, Germany

Vorwort

Man kennt einen Menschen erst richtig, wenn man einmal mit ihm zusammen geerbt hat. Aus dieser Volksweisheit spricht viel Resignation. Sobald es um richtig viel Geld geht, ist mit den Menschen nicht mehr zu spaßen. Jede und jeder ist nur noch auf den eigenen Vorteil bedacht, und das über Jahrzehnte gewachsene Band der Familie ist schnell zerbrochen. Wer einmal in den Strudel des Misstrauens gerät, kann sich trotz eigentlich guten Willens kaum noch aus der Misere befreien. Am Ende kennt das Spiel nur Verlierer.

Diese Art von Streitkultur ist aber nicht alternativlos. Zum einen gibt es viele Erbfälle, die von den Hinterbliebenen in gegenseitigem Wohlwollen geräuschlos abgewickelt werden. Und zum anderen gibt es auch bei den streitaffinen Fällen zunehmend das Bemühen, strukturiert und kooperativ miteinander umzugehen, um nicht unnötig Porzellan zu zerschlagen. Nach unserer Erfahrung sind die Chancen einer zügigen und für alle Beteiligten zufriedenstellenden Einigung nirgendwo größer als im Erbstreit.

In diesem Buch möchten wir Ihnen, liebe Leserinnen und Leser, von unseren Erfahrungen berichten und Sie dazu ermutigen, im Kreis Ihrer Verwandten, Bekannten und Mandanten auch bei schwierigen Ausgangsbedingungen für die Mediation im Erbrecht zu werben. Für uns als Mediatoren gibt es nichts Schöneres, als am Ende eines dreitägigen Mediationsgesprächs in die dankbaren Augen der Betroffenen zu schauen und sie ungläubig darüber staunen zu sehen, dass sie ihre leidvolle Auseinandersetzung tatsächlich zügig, eigenverantwortlich und in jeder Hinsicht befriedigend aus der Welt schaffen konnten.

Innerhalb des Buches stammen die Kap. 1, 5, 6 und 7 im Wesentlichen aus der Feder von Ralf Deutlmoser, während Martin Fries die Kap. 2, 3 und 4 verfasst hat. Wir danken dem Verlag für die freundliche Unterstützung bei der Veröffentlichung dieses Werkes. Das Buch und die zitierten (Internet-) Quellen befinden sich auf dem Stand vom 1. September 2022. Für Anregungen und Kritik zu diesem Buch haben wir jederzeit ein offenes Ohr.

München, Deutschland
September 2022

Ralf Deutlmoser
Martin Fries

Inhaltsverzeichnis

1	Einführung	1
1.1	Warum Mediation im Erbrecht?	1
1.1.1	Erbrecht: Ein Fall für sich	2
1.1.2	Vom Wert effizienter Verfahren	2
1.1.3	Mediation als Trendthema	4
1.1.4	Status quo der Konfliktkultur	5
1.1.5	Reflektion statt Autopilot	6
1.2	Wirtschaftliche Bedeutung der Vermögens- und Unternehmensnachfolge	8
1.2.1	Konfliktkosten auf Seiten der Erben	8
1.2.2	Gesellschaftliche Bedeutung der Unternehmensnachfolge ...	9
1.2.3	Bedeutung für die Erblasserin	10
1.3	Typische Beispielfälle	12
1.3.1	Vermögensnachfolge	12
1.3.2	Unternehmensnachfolge	15
1.4	Ratgeber für eine bewusste Verfahrensgestaltung	18
	Literatur	19
2	Der erbrechtliche Streitfall	23
2.1	Typische Komplexitäten im Erbrecht.	23
2.1.1	Komplexe nationale Rechtsmaterie	23
2.1.2	Rasch wachsende internationale Bezüge	24
2.1.3	Nicht auflösbare Unschärfen bei den Rechtstatsachen	25
2.1.4	Justiziabilität von Konflikten	28
2.2	Erbrechtliche Konflikttypen	29
2.2.1	Verteilungskonflikte	29
2.2.2	Zielkonflikte	30
2.2.3	Strategie- und Prognosekonflikte	31
2.2.4	Kompetenzkonflikte, Rangkonflikte und Machtproben	31
2.2.5	Beziehungskonflikte	32
2.2.6	Principal-Agent-Konflikte	33

2.3	Mitglieder des „Systems Erbrechtskonflikt“	33
2.3.1	Erblasser	33
2.3.2	Parteien erbrechtlicher Konflikte	34
2.3.3	Rechtsanwälte	34
2.3.4	Testamentsvollstrecker	35
2.3.5	Externe Berater	35
2.3.6	Notare	36
2.3.7	Güterichter	37
	Literatur	37
3	Mediation als Konfliktlösungsverfahren.	39
3.1	Mediation im Kanon der Konfliktlösungsmechanismen	40
3.1.1	Jüngere Geschichte der alternativen Streitbeilegung	40
3.1.2	Das Spektrum verschiedener Streitbeilegungsmodelle	42
3.1.3	Güterichterverfahren: Die gerichtliche Mediation	50
3.2	Die Methode Mediation	53
3.2.1	Grundprinzipien der Mediation	53
3.2.2	Die Struktur eines Mediationsverfahrens	59
3.2.3	Kosten der Mediation	69
3.3	Die Person des Mediators	70
	Literatur	72
4	Der Nutzen einer Mediation im Erbstreit.	75
4.1	Befriedigung eines breiten Interessenspektrums	76
4.1.1	Prozedurale Interessen	76
4.1.2	Ergebnisinteressen	82
4.2	Bewältigung von Komplexität	87
4.2.1	Familiäre Beziehungen	87
4.2.2	Juristisch geordnetes Verfahren	88
4.2.3	Gesellschaftsrechtliche Bezüge	90
4.2.4	Internationale Bezugspunkte	92
4.3	Große Einigungschance trotz starker Polarisierung	93
4.3.1	Geringe Verlustängste	93
4.3.2	Respekt gegenüber gemeinsamen Autoritäten	94
4.3.3	Realistische Aussicht auf dauerhafte Trennung	95
4.4	Geringe Verfahrenskosten	96
	Literatur	98
5	Mediationsanaloge Nachfolgeplanung	101
5.1	Entscheidung für einen interessenorientierten Planungsansatz	103
5.2	Bestandsaufnahme	105
5.2.1	Personen	105
5.2.2	Vermögen	108
5.2.3	Ereignisse	110

- 5.3 Interessen 110
 - 5.3.1 Vorbedingungen der Interessenermittlung 111
 - 5.3.2 Methodik der Interessenermittlung 112
 - 5.3.3 Ergebnis der Interessenermittlung 114
- 5.4 Bausteine für eine Nachfolgeregelung 116
 - 5.4.1 Methodik der Entwicklung von Regelungselementen 117
 - 5.4.2 Verhaltensleitlinien für Erbgemeinschaften 118
 - 5.4.3 Umgang mit Pflichtteilsberechtigten 118
- 5.5 Abschluss und Iteration 120
- Literatur 124
- 6 Mediationsklauseln 127**
 - 6.1 Spektrum der Klauseltypen 128
 - 6.2 Bindungswirkung von Mediationsklauseln 129
 - 6.2.1 Hintergrund: Wirksamkeit letztwilliger Schiedsklauseln ... 130
 - 6.2.2 Wirksamkeit von Mediationsklauseln 134
 - 6.2.3 Rechtsfolgen wirksamer Mediationsklauseln 138
 - 6.3 Gestaltungsvarianten einer Mediationsklausel. 139
 - 6.3.1 Gestaltung einer Mediationsvereinbarung 139
 - 6.3.2 Gestaltung einer Mediationsverfügung 146
 - 6.3.3 Gestaltung eines Mediationswunsches 148
 - Literatur 150
- 7 Nachfolge in Familienunternehmen 153**
 - 7.1 Beispielsfall 154
 - 7.2 Vorbereitung einer strukturierten Nachfolgeplanung. 157
 - 7.2.1 Wegbereiter erbrechtlicher Gestaltungsmeditationen 157
 - 7.2.2 Auswahl eines geeigneten Gestaltungsmediators 158
 - 7.3 Das Planungsverfahren 160
 - 7.3.1 Phase 1: Beginn des strukturierten Verfahrens. 160
 - 7.3.2 Phase 2: Bestandsaufnahme. 162
 - 7.3.3 Phase 3: Konzentration auf Interessen. 173
 - 7.3.4 Phase 4: Nachfolgeoptionen 181
 - 7.3.5 Phase 5: Abschluss und Iteration 186
 - Literatur 190
- Nachwort 191**

1 Einführung



Das letzte Hemd hat keine Taschen. Deswegen kommt die Rechtsordnung nicht umhin, das Vermögen verstorbener Menschen nach ihrem Tod neu zuzuweisen. Darin liegt Fluch und Segen zugleich. Erbschaften befreien von Schulden und sorgen für Wohlstand, zugleich sind sie oft auch Anlass und Verstärker menschlicher Empfindungen und tiefer familiärer Auseinandersetzungen. In jeder Familie gibt es irgendwo Verletzungen und Risse, die man im Konfliktfall heranassoziieren¹ kann, um Ansprüche zu begründen, Fronten aufzubauen und eine Auseinandersetzung zu stimulieren. Wer als Anwältin oder Berater regelmäßig mit Erbstreitigkeiten beschäftigt ist, kann ein Lied davon singen. Grund genug, sich mit der Frage zu beschäftigen, wie sich die meist unvermeidlichen Querelen bei Nachlassplanung und Erbaueinandersetzung konstruktiv gestalten lassen.

1.1 Warum Mediation im Erbrecht?

Das **Warum** ist vermutlich die häufigste Frage aus Kindermund. Oft ist es eine gute Frage. Manche dieser Fragen sind wie der Beginn einer Reise. Mit den Worten von *Lorenz Pauli*: „Man startet mit offenen Augen und Ohren und gelangt weiter und weiter von einer Frage zur nächsten. ... Antworten sind oft das Ende einer solchen Reise. Manchmal lässt eine Antwort die schönste Fragenreise abrupt enden.“²

Warum also dieses Buch? Man hört häufig, dass Werke, deren Sinn man erst eigens erläutern muss, am besten gar nicht geschrieben werden sollten. An dieser Stelle sei dennoch ein Wort dazu gesagt. Denn in diesem Buch geht es zwar um ein

¹ So die Begriffsbildung bei Luhmann (1999), S. 101 f.

² Pauli und Schärer (2016), S. 95.

intuitiv einleuchtendes Ziel, aber um eine **kontraintuitive Methode**, um dorthin zu gelangen. Mit Blick auf den Leidensdruck der Parteien in erbrechtlichen Streitigkeiten liegt auf der Hand, dass eine einvernehmliche Lösung regelmäßig im Interesse aller Beteiligten liegt. Aber warum sollten Verhandlungen durch die bloße Anwesenheit eines neutralen Dritten in ein konstruktives Fahrwasser gelangen, wenn alles bis dahin immer nur kontroverser und unangenehmer wurde? Und wie lässt sich das hehre Ideal in die Praxis umsetzen? Eben diese Fragen möchte dieses Buch beantworten.

1.1.1 Erbrecht: Ein Fall für sich

Erbstreitigkeiten bieten auf der Ebene des materiellen und prozeduralen Rechts nahezu alles, wovon Juristinnen und Juristen (angeblich) träumen: komplexe Sachverhalte, fesselnde rechtsdogmatische Fragen, knifflige Herausforderungen auf materieller und prozeduraler Ebene sowie eine große wirtschaftliche Bedeutung angesichts der damit einhergehenden hohen Streitwerte.³ Erbrechtliche Fallgestaltungen stellen also schon bei rein äußerlicher Betrachtung **hohe Anforderungen** an die juristische Bearbeitung.

Erbkonflikte bieten allerdings auch Raum für Alpträume, gerade für Beraterinnen und Berater, die isoliert juristisch arbeiten. Die hohe **emotionale Betroffenheit** der Beteiligten und die daraus resultierenden Verhaltensweisen stellen sie auf eine enorme Probe. Das Verhalten der Gegenseite, manchmal sogar dasjenige der eigenen Mandantin, stempelt man leicht als irrational oder querulatorisch ab. Oft geht dies einher mit einer Übertragung dieser intuitiven Abwertung von dem Verhalten eines Menschen auf die handelnde Person selbst. **Sach- und Personenebene** werden damit konfliktfördernd und konflikteskalierend vermischt. Hinzu treten lange Verfahrensdauern und umfangreiche anwaltliche Schriftsätze sowie gelegentlich fehlendes Verständnis für die komplexe Rechtsmaterie, sei es des originären Erbrechts oder der weiteren beteiligten Rechtsgebiete.

1.1.2 Vom Wert effizienter Verfahren

Kehrseite der großen Komplexität erbrechtlicher Fälle ist die damit verbundene Herausforderung, Konfliktbewältigungsverfahren effizient zu gestalten. Die Justiz als traditionell erste Wahl steht dabei im Wettbewerb mit neuartigen und alternativen Verfahren der Konfliktlösung.⁴ Ein Grund dafür ist der Umstand, dass die staatliche

³Fries et al. (2018), S. 53.

⁴Ausführlich Wagner (2017), S. 19 ff.

Zivilgerichtsbarkeit trotz sinkender Fallzahlen nach wie vor **chronisch überlastet** ist. Hierbei handelt es sich nicht nur um eine volkswirtschaftliche Frage der optimalen Allokation staatlicher Ressourcen. Denn mit einer überforderten Justiz ist stets auch die grundrechtlich verbürgte Rechtsschutzgarantie in Form des Justizgewährungsanspruches des Art. 19 Abs. 4 GG als „Schlussstein im Gewölbe des Rechtsstaats“ betroffen.⁵

Das Gewaltmonopol des Staates, also der Verzicht auf Selbsthilfe und die Friedenspflicht der Bürger, erfordern einen Gegenpol. Dieser Gegenpol liegt in der Zusicherung des Staates, effektiven Rechtsschutz zu gewähren. Als effektiv kann der Rechtsschutz aber nur dann bezeichnet werden, wenn effektiver Zugang zu den Gerichten und **erträgliche Verfahrensdauern** gewährleistet sind, sich also eine verbindliche Entscheidung eines Gerichtes in angemessener Zeit herbeiführen lässt.⁶

Die **subjektive Einschätzung** der Bevölkerung spricht hierzu eine deutliche Sprache. Wenngleich 70 Prozent der Bevölkerung sehr viel oder ziemlich viel Vertrauen in die Gerichte haben, schätzen 75 Prozent die Gerichte als überlastet ein, und 81 Prozent der Menschen haben den Eindruck, dass viele Verfahren zu lange dauern.⁷ Ausdrücklich positiven Aussagen über die deutsche Justiz, namentlich der Aussage, dass „deutsche Gerichte gewissenhaft und gründlich arbeiten und [...] alles mit rechten Dingen zugeht“, stimmt sogar noch nicht einmal jeder dritte Bundesbürger zu.⁸

Aber auch bei objektiver Betrachtung gelingt es in der Gerichtspraxis nicht immer, ein Gerichtsverfahren in angemessener Zeit zum Abschluss zu bringen.⁹ Dies lässt sich etwa dadurch belegen, dass die Bundesrepublik Deutschland bereits mehrfach vom **Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte** wegen überlanger Gerichtsverfahren verurteilt wurde;¹⁰ alleine in 24 Verfahren im Zeitraum von 1978 bis 2007.¹¹

Neben der Verfahrensdauer werden Gerichtsverfahren aber auch aus weiteren Gründen rechtsgebietsübergreifend kritisch gesehen. Im Vordergrund steht dabei die Gesamtcharakterisierung als **langsam, langatmig, zeitaufwändig, teuer, schwerfällig oder schleppend**.¹² Darin liegt nicht unbedingt eine Justizkritik. Denn die Formalisierung der staatlichen Rechtsgewährung birgt neben vermeidbaren

⁵Richard Thoma, zitiert nach Voßkuhle und Kaiser (2014), S. 312, dort ohne weiteren Nachweis.

⁶Voßkuhle und Kaiser (2014), S. 314.

⁷Roland Rechtsreport 2022, S. 10, 16 f.

⁸Roland Rechtsreport 2022, S. 18.

⁹Voßkuhle und Kaiser (2014), S. 314.

¹⁰Voßkuhle und Kaiser (2014), S. 314.

¹¹Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages (2008), S. 3.

¹²PwC und Viadrina (2007), S. 14. Wenngleich sich die angeführten Studien um das Konfliktmanagement deutscher Unternehmen drehen, sind bei der Einschätzung privater Konfliktparteien kaum andere Ergebnisse zu erwarten.

auch manches notwendige Übel, das die Justiz nicht abstellen kann, dem die Parteien eines Rechtsstreits aber im eigenen Interesse häufig aus dem Weg gehen können.

Gerade bezogen auf das Erbrecht stellen das umfangreiche und komplex geschriebene nationale und internationale Recht sowie die ausdifferenzierte Rechtsprechung, die nur teilweise den Gesetzeswortlaut widerspiegelt, selbst anwaltliche Expertinnen und Experten häufig vor große Herausforderungen. Bisweilen hört man sogar aus Richtermund, dass die Materie kaum mehr praktisch handhabbar sei. Auch daran liegt es, dass die Dauer erbrechtlicher Verfahren samt den damit zusammenhängenden Kosten für manche Beteiligte schwer zu ertragen ist. Regelmäßig enden gerichtliche Streitigkeiten erst nach vielen Jahren in höherer Instanz mit einem vom Gericht nachdrücklich empfohlenen Vergleich. Was bis dahin an Ressourcen investiert wurde und an Beziehungen Schaden genommen hat, lässt sich natürlich nicht mehr zurückholen.

1.1.3 *Mediation als Trendthema*

Vor diesem Hintergrund überrascht es nicht, dass außergerichtliche Verfahren wie die Mediation *en vogue* sind. Im Kanon der Konfliktlösungsmechanismen haben konsensorientierte Verfahren in Europa und Deutschland seit dem Beginn des 21. Jahrhunderts erheblich an Gewicht gewonnen. So bestehen auf europäischer Ebene vielfältige Bestrebungen, die außergerichtliche Streitbeilegung zu fördern. Die EU erwartet sich davon unter anderem eine Erleichterung des innergemeinschaftlichen Rechtsverkehrs. Im Jahr 2008 trat die **Mediationsrichtlinie** in Kraft,¹³ nachdem bereits im Jahr 2004 der Europäische Verhaltenskodex für Mediatoren erlassen worden war.¹⁴ Auf nationaler Ebene führte diese Entwicklung im Jahr 2012 zum Erlass des **Mediationsgesetzes**.¹⁵ Im Jahr 2017 folgte die Verordnung über die Aus- und Fortbildung zertifizierter Mediatoren.¹⁶

Man kann also feststellen, dass der europäische wie auch der nationale Gesetzgeber mediationsfreundlich eingestellt sind. So hält etwa die EU die Mediation ausweislich Erwägungsgrund 6 der Mediationsrichtlinie für ein Verfahren, das eine **kostengünstige und rasche außergerichtliche Streitbeilegung** bietet. Die EU

¹³Richtlinie 2008/52/EG über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen ABl. 2008 L 136, 3. Siehe dazu Eidenmüller und Prause (2008), S. 2737 ff.

¹⁴Hierzu etwa Mähler und Kerntke (2004), S. 151 ff.

¹⁵Ausführlich hierzu etwa Ahrens (2012), S. 2465 ff. und Risse (2012) S. 244 ff.

¹⁶Details finden sich bei Röthemeyer (2016), S. 195 ff.; Eidenmüller und Fries (2017), S. 23 ff.; Plassmann (2017) S. 26 ff.

geht dabei mit guten Gründen davon aus, dass in Mediationen geschlossene Vereinbarungen tendenziell freiwillig eingehalten werden und die Zukunftsfähigkeit der Beziehungen zwischen den Parteien wahren. Die Zeiten, in denen Mediation und Mediation versehentlich oder auch scherzhaft absichtlich verwechselt wurden,¹⁷ sind damit endgültig vorbei.

Auch auf Seiten der Anbieter von **Mediationsausbildungen** und in der (Fach-)Literatur zu Mediation zeigt sich eine konsolidierende Tendenz. Dies mag an der einen oder anderen Stelle Fragen zur Qualität aufwerfen, mehrheitlich wird damit jedoch ein positiver Beitrag zur Anerkennung der Mediation und ihrer Verbreitung geleistet. Gerade auch in der juristischen Fachliteratur ist erkennbar, dass viele Standardwerke spezifischer Rechtsgebiete nunmehr auch einen eigenen Teil zu alternativer Streitbeilegung und Mediation enthalten.¹⁸

1.1.4 Status quo der Konfliktkultur

Was der Gesetzgeber befürwortet, verfängt ein Stück weit auch in der **Bevölkerung**. Hier geben mittlerweile 86 Prozent der Bürger an, dass ihnen die Möglichkeit der Mediation bekannt sei. Dabei steigt der Bekanntheitsgrad des Verfahrens mit steigendem Bildungsgrad. Fast die Hälfte der Bevölkerung denkt, dass sich viele Streitigkeiten durch eine Mediation beilegen lassen. Dabei stärken eigene Mediationserfahrungen das Image des Verfahrens: Wer selbst bereits einmal an einer Mediation teilgenommen hat, hat eine (noch) höhere Meinung von dem Verfahren.¹⁹ Dabei spielen die **hohen Einigungschancen bei kurzer Verfahrensdauer** eine entscheidende Rolle.²⁰ Auch die Bundesregierung gelangt zu der Erkenntnis, dass die Wertschätzung – sowohl auf nationaler als auch auf internationaler Ebene – in Gesellschaft und Wirtschaft für Mediation stetig ansteigt.²¹ Kurioserweise hält die tatsächliche Inanspruchnahme mediativer Verfahren mit dieser Entwicklung nicht Schritt.²² Namentlich im Bereich der Wirtschaftsmediation, aber auch auf dem Gebiet des Erbrechts sind Mediationen bisher noch die Ausnahme,²³ obwohl sie eigentlich eine Art Idealmodell für die Konfliktlösung darstellen.²⁴

Diesen Befund kann man als **Konfliktlösungsparadoxon** beschreiben:²⁵ Die Parteien haben relativ klare Vorstellungen an und Erfahrungen mit Konfliktlösungs-

¹⁷Risse (1999), S. 205 Fn. 3.

¹⁸Nur exemplarisch: Born et al. (2020), §§ 133–135; Moll (2021), § 82; Vorwerk (2019), Kap. 2.

¹⁹Roland Rechtsreport 2021, S. 20.

²⁰Fries, Lenz-Brendel und Roglmeier (2018), S. 53. Siehe ausführlich noch unten Kap. 4.

²¹Bundesregierung (2017), S. 8.

²²Bundesregierung (2017), S. 8.

²³Beisel (2016), § 32 Rn. 5; Schiffer und Schürmann (2014), S. 46.

²⁴Montada (2004), S. 182.

²⁵Deutmoser (2011), S. 70.

mechanismen, handeln aber im konkreten Fall entgegen ihrer eigenen abstrakten Erkenntnis. Dies ist umso überraschender, als bei der Bewertung verschiedener Verfahren die Zustimmung mit dem Grad der Parteiautonomie zunimmt, die staatlichen Verfahren jedoch die geringste Parteiautonomie zulassen. Das tatsächlich eher kritisch gesehene Gerichtsverfahren wird weiterhin sehr häufig genutzt, obwohl sein mittlerer Vorteilswert am geringsten eingeschätzt wird.²⁶ Man kann das etwas pointiert als einen Fall „verbaler Aufgeschlossenheit bei weitgehender Verhaltensstarre“ beschreiben.²⁷

Die **Chancen**, die Konflikte bieten, rücken damit viel zu selten in den Blickpunkt der Betrachtungen. Zwar verlaufen Konflikte zumeist dysfunktional oder destruktiv, jedoch ist dies keinesfalls zwingend. Konflikte lassen sich durchaus funktional und **konstruktiv** führen und können so Kreativität und Innovationskraft der Beteiligten fördern.²⁸ Nicht ohne Grund hat der bekannte Unternehmer *Claus Hipp* einmal formuliert: „Nicht die Konflikte sind das Problem, sondern die mangelnde Konfliktfähigkeit“.²⁹

1.1.5 *Reflektion statt Autopilot*

Wege, die die Beteiligten bei aktiviertem „**Autopiloten**“ – also auf Basis automatisierter Reaktionen – einschlagen und mit denen sie hergebrachte Muster übernehmen, führen auf erbrechtlichem Terrain in der Regel in die Sackgasse der destruktiven Konfliktbearbeitung. Das gefährdet und zerstört materielle Werte, stellt Beziehungen auf eine harte Probe und vergiftet die Gesprächsatmosphäre auf lange Zeit. Die Entscheidung für einen **konstruktiven Weg** liegt bei den einzelnen Konfliktparteien und deren Beratern bzw. bei der klugen Auswahl und/oder Steuerung der Beraterperson. Auch Berater können sich von dem Modus „Autopilot“ natürlich nicht (gänzlich) freisprechen: Mit guten Gründen genießen die meisten Rechtsanwälte das Obsiegen vor Gericht oder das Erzielen einer positionsbasierten für die Mandantin erfolgreichen Einigung. Dies gilt selbst dann, wenn es bezogen auf den isolierten Streitgegenstand damit „nur“ zu einer Konfliktbeendigung und keiner Konfliktlösung im umfassenden Sinne kommt. Die Juristenausbildung und der anwaltliche Beruf tun ein Übriges, um **kompetitive Persönlichkeitsstrukturen** anzuziehen und zu fördern. Die Herausforderung besteht darin, diese Mechanismen zu erkennen und die Entscheidung über die Aktivierung oder Deaktivierung des Autopiloten aus der Rolle der Streitpartei heraus ganz bewusst zu treffen.

²⁶ PwC und Viadrina (2005), S. 18.

²⁷ Diop und Steinbrecher (2011), S. 131.

²⁸ KPMG (2009), S. 19.

²⁹ Für einen Webauftritt vom Verfasser freigegebenes Zitat, <https://www.newgotiate.com/konflikt-als-chance/>.

In erbrechtlichen Auseinandersetzungen ist wie auch in vielen anderen Konfliktkonstellationen noch ein weiterer unreflektierter Automatismus zu erkennen: Konflikte werden konsequent **delegiert**. Auf die Konflikterkennung folgen zunächst Verhandlungen der Parteien, bevor diese den Konflikt in verschiedenen Stufen immer weiter von der Eigenverantwortung wegdelegieren. Im unternehmerischen Kontext folgt auf die interne Eskalation in der Hierarchie nach oben und lateral an die Rechtsabteilung die Abgabe des Verfahrens und der Ergebnisverantwortung an die staatlichen Gerichte.³⁰

Mit der Abgabe des Konflikts an Rechtsanwälte erfolgt zudem vielfach auch eine **Fokussierung auf den justiziablen Teil eines Konflikts**. Damit steht zu befürchten, dass die subjektiven Interessen der Parteien unberücksichtigt bleiben, obwohl sie für die Parteien eigentlich eine viel größere Bedeutung haben.³¹ Bei dieser Herangehensweise sind außergerichtliche oder gerichtliche „Irgendwie-Lösungen“ zu befürchten, die das im Konflikt angelegte Wertschöpfungspotenzial bei weitem nicht heben können und die Beziehungen der Konfliktparteien für die Zukunft dauerhaft belasten. Demgegenüber tritt bei einer umfassenden **Befriedung** eines Konfliktes auf Beraterebene oft auch eine tiefe **Befriedigung** ein. Eine echte Konfliktlösung und die unmittelbare Wahrnehmung des positiven Einflusses der Mediation auf den Familienfrieden und die einzelnen Akteure können nicht nur die Parteien zufrieden hinterlassen, sondern auch die Berater und Mediatoren beflügeln. Daher verstehen manche die Mediation auch als eine Transformationsmethode, welche die Qualität zwischenmenschlicher Interaktionen signifikant verbessern kann.³²

Man sollte bei diesem „intellektuellen Blick“ auf typische Konfliktbehandlungsmuster in der anwaltlichen Rechtsberatung nicht vorschnell annehmen, dass es *die Mandanten sind*, die keine Bereitschaft für eine konsensuale Konfliktlösung mitbringen. Zwar scheint die Einigungsbereitschaft der Parteien in erbrechtlichen Angelegenheiten häufig sehr gering ausgeprägt und die Fronten entsprechend stark verhärtet. Besonders deutlich ist dies wahrzunehmen, wenn konkrete Erbrechtskonflikte von einem viel tiefer gelagerten „Urkonflikt“ ausgelöst oder begleitet werden.³³ In dieser **Einigungsskepsis** liegt allerdings bei verständiger Betrachtung nicht unbedingt ein Mediationshindernis, sondern vor allem ein Grund, ein Verfahren in Erwägung zu ziehen, das gegenseitiges Vertrauen unterstützt. Einigen werden sich die Parteien im Gros der Fälle ohnehin früher oder später. Vor Einleitung eines Gerichtsverfahrens besteht allerdings noch die Chance, diese Einigung aus eigener Autonomie heraus und nicht erst im Angesicht der Wirkmacht richterlichen Vergleichsdrucks zu schließen.

³⁰ Hierzu ausführlich bereits PwC und Viadrina (2005), S. 7.

³¹ Montada (2004) S. 183.

³² Neuvians (2011), S. 155 m. w. N.

³³ Beisel (2016), § 32 Rn. 5.

1.2 Wirtschaftliche Bedeutung der Vermögens- und Unternehmensnachfolge

Auch wenn erbrechtliche Streitigkeiten in der Regel nur unter den Erben, ggf. noch unter Einbeziehung von Vermächtnisnehmern und Pflichtteilsberechtigten ausgetragen werden, sind doch die wirtschaftlichen und emotionalen Interessen eines weit größeren Personenkreises berührt. Je größer der Nachlass, desto häufiger geht es auch um die Führung und den wirtschaftlichen Fortbestand von Unternehmen und Arbeitsplätzen. Hier **vervielfältigen sich regelmäßig die Konfliktpotenziale** durch die betroffenen Ebenen Familie, Unternehmen und Vermögen. Und selbst wo dies nicht der Fall ist, beziehen viele Erblasserinnen und Erblasser gemeinnützige Zwecke in ihre Nachlassplanungen ein, die fast zwangsläufig darunter leiden, wenn Nachlasskonflikte eskalieren.

In den letzten Jahrzehnten ist das Gesamtvermögen aller privaten Haushalte in Deutschland nach den Zahlen des Deutschen Instituts für Altersvorsorge (DIA) rasant angestiegen. Das Vermögen entfällt zu ungefähr gleichen Teilen auf Immobilien und Sachanlagen.³⁴ Pro Jahr entspricht das einem Erbvolumen von über 300 Milliarden Euro.³⁵ Dieses Vermögen ist allerdings sehr ungleich verteilt. Mit guten Gründen befürchtet die Mehrheit der deutschen Bevölkerung, dass das derzeitige Erbschaftsrecht die sozialen Unterschiede verstärkt. Knapp drei Viertel der Bevölkerung befürworten daher eine höhere Besteuerung von großen Erbschaften im Wert von über einer Million Euro.³⁶

1.2.1 *Konfliktkosten auf Seiten der Erben*

Die Nachkommen der Erblasser investieren in Nachlasskonflikte regelmäßig viel Zeit und viel Geld. Was Anwälte und Gerichte für ihren Beitrag zur Konfliktlösung in Rechnung stellen, vermindert naturgemäß den zu verteilenden Nachlasswert. Bei einer erst außergerichtlichen und später gerichtlichen Auseinandersetzung über mehrere Klagestufen, Termine und Instanzen ist schnell ein zweistelliger Prozentsatz des Nachlasswerts verbrannt. Es ist zwar üblich und gerade aus Sicht der Verhaltensforschung verständlich, die **Verfahrenskosten** in der eigenen Kalkulation nicht zu berücksichtigen – in der Erwartung, der Gegenspieler werde letztlich den Kürzeren ziehen und dann auch Gerichts- und Anwaltskosten zahlen müssen. Der

³⁴ Deutsches Institut für Altersvorsorge (2011), S. 5.

³⁵ Deutsches Institut für Altersvorsorge (2011), S. 5.

³⁶ IfD Allensbach (2018), S. 57.

Wirklichkeit wird diese optimistische Herangehensweise aber nicht gerecht: In aller Regel steht auch am Ende eines langen Gerichtsverfahrens ein Vergleich, der freilich aufgrund der inzwischen verbrauchten Ressourcen beide Seiten deutlich teurer zu stehen kommt, als dies eigentlich notwendig gewesen wäre.

Dabei bilden die durch Konflikte verursachten materiellen Nachteile nur die Spitze eines Eisbergs. Die durch erbrechtliche Konflikte ausgelösten **immateriellen Schäden** sind regelmäßig immens und übersteigen die materiellen Nachteile bei weitem. Gerade im Bereich erbrechtlicher Konflikte sind persönliche Verletzungen und Kränkungen an der Tagesordnung. Häufig bestehen sie für lange Zeit, manchmal noch über Generationen hinweg, fort. Das gilt umso mehr, wenn die Betroffenen aufgrund ihrer Prominenz ohnehin im Licht des öffentlichen Interesses stehen. Nicht zufällig sind erbrechtliche Beratungen und Konflikte häufig Gegenstand detailreicher Berichterstattung der Boulevard-Presse.

**Im Volksmund gibt es ein vielsagendes und leider zutreffendes Bonmot:
Haben Sie schon geerbt oder reden Sie noch miteinander?**

1.2.2 Gesellschaftliche Bedeutung der Unternehmensnachfolge

Wenn sich Unternehmen oder Unternehmensanteile im Nachlass befinden, haben die mit einer streitigen Erbaueinandersetzung verbundenen Nachteile häufig eine Hebelwirkung weit in die Gesellschaft hinein. Konflikte hinterlassen Wirkung im Unternehmen, sie beeinträchtigen das Arbeitsklima und hemmen Motivation und Produktivität. Das gilt insbesondere dann, wenn der Erbstreit unmittelbar Fragen der **Unternehmensnachfolge** betrifft. Hier treibt die Auseinandersetzung regelmäßig selbst gesunde Unternehmen an den Rand des Ruins.³⁷ Es ist kein Geheimnis, dass (Rechts-)Berater von den hohen Streitwerten dieser Auseinandersetzungen vielfach gut leben. Für die Betroffenen macht das die Sache aber natürlich nicht besser.

Für den Begriff der Unternehmensnachfolge existiert keine einheitliche Definition. Das Institut für Mittelstandsforschung Bonn („IfM Bonn“) spricht von einer Unternehmensnachfolge, wenn der Eigentümer eines Familienunternehmens die **Leitung aus persönlichen Gründen abgibt**. Ohne dass dieses Kriterium dafür zwingend wäre, wird in der Regel auch das Eigentum vollständig übergeben. Die wesentlichen Gründe für eine solche Unternehmensnachfolge sind Alter, Krankheit, Unfall oder Tod. Als **übergabereif** gilt ein Unternehmen nach den Annahmen des

³⁷An dieser Stelle sprechen wir noch unspezifisch von einer Unternehmensnachfolge, obwohl es sich genau betrachtet um drei verschiedene Nachfolgen handelt: die Nachfolge in der Unternehmensleitung, die Unternehmensinhaberschaft sowie die Nachfolge in der entsprechenden Rolle innerhalb der Unternehmerfamilie. Ausführlich hierzu Kap. 7.

IFM Bonn dann, wenn sich dessen Eigentümergeschäftsführerin innerhalb der nächsten fünf Jahre aus der Geschäftsführung zurückziehen wird. Verhielten sich alle Beteiligten streng rational, würde jedes Unternehmen eine Nachfolgerin finden, wenn es hinreichend attraktiv ist, wenn also die zu erwartenden Gewinne höher sind als die zu erwartenden Einkünfte eines potenziellen Nachfolgers plus die Erträge aus einer alternativen Kapitalanlage des gebundenen Kapitals.³⁸

Für den Fünfjahreszeitraum 2014 bis 2018 stand pro Jahr bei etwa **27.000 Unternehmen**, die übernahmewürdig sind, eine Nachfolge an. Im Vergleich zum vorhergehenden Fünfjahreszeitraum liegt darin ein Anstieg von mehr als 20 %, der im Wesentlichen auf die Alterung der Unternehmer als Folge des demographischen Wandels zurückzuführen ist. Diese Tendenz wird sich schon aus demographischen Gründen voraussichtlich in den nächsten Fünfjahreszeiträumen weiter verstärken, während gleichzeitig die Zahl potenzieller Übernehmer sinkt.³⁹

Aus Sicht der **Unternehmerfamilie** stellt sich die Betrachtung der Unternehmensnachfolge noch gravierender, weil viel konkreter dar. Scheitert die Nachfolge, kommt es zu einem unmittelbaren Vermögensschaden, häufig verbunden mit negativen langfristigen Auswirkungen auf die Altersversorgung. Emotional ist das Scheitern der Nachfolge oft mit dem Zerschneiden des Lebenswerkes verbunden und damit hoch belastend.⁴⁰ Damit geht meist ein starker negativer Einfluss auf das gesamte System der Familie einher, da regelmäßig der zentrale Verbindungspunkt jenseits der Verwandtschaft selbst verloren geht. Nachfolgeregelungen müssten daher in jedem Stadium des Unternehmens höchste Priorität haben, da Unfall und Krankheit des Unternehmers auch in jedem Alter eintreten können.

1.2.3 *Bedeutung für die Erblasserin*

Für die potenziellen Erben liegt die **wirtschaftliche Bedeutung** zumindest abstrakt noch auf der Hand, auch wenn sie in vielen Fällen von immenser **emotionaler Bedeutung** begleitet oder gar überlagert wird. Eine globale Betrachtung muss darüber hinaus aber auch die Bedeutung des Konflikts für die Erblasserin mit einbeziehen. Sie sitzt zwar nach ihrem Tod naturgemäß nicht mehr mit am Verhandlungstisch.⁴¹ Aber ihr Stil und ihre Ziele haben für die Nachkommen doch regelmäßig eine nicht zu unterschätzende Bedeutung. Vor allem aber beginnt Konfliktmanagement in Erbangelegenheiten nicht erst nach dem Tod der Erblasserin, sondern bereits zu ihren Lebzeiten. Die Fertigstellung einer umfassenden und austarierten Nachlass-

³⁸ Kay und Suprinovič (2020), S. 4 m. w. N.

³⁹ Kay und Suprinovič (2020), S. 5 ff.

⁴⁰ Kay und Suprinovič (2020), S. 12.

⁴¹ Man kann die Anwesenheit der Erblasserin allenfalls simulieren; das wiederum kann im Laufe eines Mediationsverfahrens durchaus einmal einen Versuch wert sein; siehe dazu unten Abschn. 4.1.1.4.

planung,⁴² die für Unternehmer eine Selbstverständlichkeit sein sollte, führt für alle Beteiligten häufig zu großer emotionaler Erleichterung. Gleiches gilt für Privatpersonen ohne unternehmerischen Hintergrund. Dieser Effekt verstärkt sich noch durch die Abstimmung der Planung mit der nachfolgenden Generation, denn so steigt die Wahrscheinlichkeit, dass diese den ins Werk gesetzten Nachfolgeplan aufgrund der dahinterstehenden Motive, Wünsche und Interessen auch in der Praxis störungsfrei umsetzt.

Freilich bestehen vielfach hohe **emotionale Hürden** der Erblasser, sich mit der Nachlassplanung konkret zu beschäftigen. In der Beratungspraxis ist es eher Regel denn Ausnahme, dass Mandanten das Thema nach ihren eigenen Aussagen schon lange vor sich hergeschoben haben, ehe sie – oft genug veranlasst durch unschöne Lebensereignisse – konkrete Schritte zur Umsetzung ihrer Pläne unternehmen. Dies ist einerseits nicht verwunderlich, da die Beschäftigung mit der eigenen Sterblichkeit und – im Hinblick auf Vorsorgevollmachten und Patientenverfügungen – mit der eigenen möglichen schweren Krankheit den meisten Menschen nicht leicht von der Hand geht. Andererseits ist es doch immer wieder bemerkenswert, wie häufig Unternehmer (im wahrsten Sinne des Wortes), denen Wohl und Wehe des Unternehmens wie der Unternehmerfamilie eigentlich sehr am Herzen liegen, im Hinblick auf die Unternehmensnachfolge zu „**Unterlassern**“ werden.

Damit lassen Unternehmer häufig außer Betracht, was eigentlich offen zu Tage liegt: Die rechtzeitige Regelung der eigenen Nachfolge müsste nach ihrer eigenen Zielsetzung eigentlich **oberste Priorität** genießen. Die in diesem Sinne *rechte Zeit* für die Nachfolgeplanung wäre dabei eigentlich mit Beginn der unternehmerischen Tätigkeit, jedenfalls mit Erreichung eines Unternehmensstadiums der Übernahmewürdigkeit aus betriebswirtschaftlichen oder persönlichen Gründen. Auch wenn viele Menschen verständlicherweise die Augen davor verschließen: Unfall, Krankheit oder Tod können uns in jedem Alter und in jedem Stadium der Unternehmertätigkeit ereilen.⁴³

Insgesamt ist der Anteil der Erblasser, die sich mit der eigenen Nachlassgestaltung detailliert auseinandersetzen und diese dann auch noch mit den Bedachten (oder gar mit den nicht Bedachten) umfassend besprechen, bedauerlicherweise außerordentlich gering, obwohl Erblasser wie potenzielle Erben eine zeitige und gründliche Planung dieser Dinge eigentlich dringend wünschen. Für juristische wie nichtjuristische Berater liegt hier insofern ein zentrales Augenmerk ihrer Dienstleistung.

⁴²Selbstverständlich bedarf eine solche Planung der regelmäßigen Überprüfung und Anpassung, so dass von einer echten Fertigstellung eigentlich keine Rede sein kann.

⁴³So auch Kay und Suprinovič (2020), S. 12.

1.3 Typische Beispielfälle

Wer über intelligentes Konfliktmanagement im Erbstreit nachdenkt, wird sich dabei leichter tun, wenn er öffentlichkeitswirksame Fälle vor Augen hat, die durch die Gestaltung des Streitverfahrens einen guten oder womöglich auch weniger guten Ausgang genommen haben. Aus allen Epochen sind Erbstreitigkeiten prominenter Persönlichkeiten bekannt. Das Interesse der Öffentlichkeit an den oftmals heftigen Auseinandersetzungen und der Konflikteskalation ist ungebrochen groß. Darin liegt allerdings nicht nur Voyeurismus, sondern man kann aus diesen Fällen durchaus diverse **typische Konfliktlagen** ableiten und insofern aus den Erfahrungen anderer lernen.

1.3.1 Vermögensnachfolge

Jährlich kommt es in der Deutschland zu **knapp 1 Mio. Erbfällen**.⁴⁴ In 115.000 Fällen fiel beim Erwerb Erbschaftssteuer an;⁴⁵ d. h. es handelte sich entweder um ein sehr respektables, die Freibeträge des § 16 ErbStG überschreitendes Vermögen oder die Erben standen nicht in einer engen verwandtschaftlichen Nähebeziehung zum Erblasser.

1.3.1.1 Biblischer Erbstreit um das Erbe des Abraham

Aufsehenerregende Erbstreitigkeiten gab es bereits vor 2000 Jahren. Die Bibel etwa kennt nicht nur bereits den aus Eifersucht vollbrachten Geschwistermord von Kain an Abel,⁴⁶ sondern sie kann auch bereits mit einer Erbstreitigkeit aufwarten. So wollte Sara ihrem leiblichen Sohn Isaak das Alleinerbe nach Abraham sichern und so die erste Erbengemeinschaft verhindern. Der erstgeborene Sohn Abrahams, Ismael, sollte so seiner besonderen Stellung und Rechte beraubt werden.⁴⁷ Das **Erstgeborenenrecht** war zu biblischen Zeiten mit besonderen Privilegien verbunden: Der männliche Erstgeborene erhielt einen größeren Erbteil und es kam ihm überall der erste Platz nach dem Vater zu.⁴⁸ Letztlich ging es also um das Verhältnis der Stammeslinien untereinander.

⁴⁴ Statistisches Bundesamt, <https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/Bevoelkerung/Sterbefaelle/Sterbefaelle.html>.

⁴⁵ Statistisches Bundesamt (2016), S. 12.

⁴⁶ Genesis 4, 5.

⁴⁷ Genesis 21, 10.

⁴⁸ Deuteronomium, 21, 17 und Genesis 43, 33.

Ähnliche Konstellationen sind auch heute noch an der Tagesordnung. Zwar hat man die Privilegien der Erstgeborenen heute außerhalb von Höfen und bestimmten Adelsregimes weitgehend zurückgedrängt. Gleichwohl treffen Erbrechtspraktiker immer wieder auf mehr oder minder explizit vorgesehene Rangfolgen unter Geschwistern. Die damit verwobene Zurücksetzung der in solchen Kategorien nachrangigen Kinder ist besonders konfliktanfällig, weil damit häufig persönliche Verletzungen verbunden sind, die bis in die Kindheit der Betroffenen zurückreichen.

1.3.1.2 Das ARAG-Millionen-Erbe

Auch die nachbiblische Zeit ist gespickt mit Erbstreitigkeiten bekannter Persönlichkeiten. Im Jahr 2019 fand der wohl längste bekannte gerichtliche Erbrechtsstreit um finanzielle Interessen sein vorläufiges Ende. Seit 1983 stritten die Beteiligten vor dem Landgericht Düsseldorf über ein Testament aus dem Jahr 1965. In der Sache vermachte der Erblasser, der 1972 verstorben war, seinem Sohn Paul-Otto Faßbender seine Anteile an dem **Versicherungskonzern ARAG**; dessen Schwester sollte mit einem Geldbetrag abgefunden werden.⁴⁹ In der ersten Instanz sprach das Gericht der Schwester einen Geldbetrag von etwa 3,5 Millionen Euro zu. Sie hatte allerdings zuvor bereits ein außergerichtliches Vergleichsangebot in Höhe von 10 Millionen Euro erhalten; zudem sah sie einer Kostentragsquote von 70 Prozent der Anwalts- und Gerichtskosten entgegen. Es verwundert nicht, dass sie daher auch noch die Berufungsinstanz bemühte. An der erstinstanzlichen Entscheidung änderte das freilich kaum noch etwas.⁵⁰

Bemerkenswert ist in solchen Fällen nicht nur die schiere Dauer der erbrechtlichen Auseinandersetzung, die häufig durch weitere Todesfälle zu einer Fortsetzung der Erbfolge und weiteren Verzweigung der Erbstreitigkeit führt. Der Fall zeigt auch, dass das Verhalten der Beteiligten mit Blick auf die Streitmaterie regelmäßig nicht unbedingt von objektiven Kriterien, sondern vor allem davon abhängt, welche Strategie *im Lichte ihres früheren Verhaltens konsequent* erscheint.⁵¹

1.3.1.3 Streit am Totenbett von Altkanzler Helmut Kohl

Der Streit um den finanziellen Nachlass ist aber keineswegs der einzige Grund für Auseinandersetzungen anlässlich des Todes. Selbst wenn die finanziellen Angelegenheiten vor dem Tod geklärt sind, kann noch an vielen anderen Stellen er-

⁴⁹ LG Düsseldorf, Urt. v. 5. April 2017, 5 O 487/83, <https://openjur.de/u/959239.html>.

⁵⁰ OLG Düsseldorf, Urt. v. 21. September 2018, 7 U 67/17, https://www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/duesseldorf/j2018/7_U_67_17_Urteil_20180921.html.

⁵¹ Man spricht von der Vermeidung kognitiver Dissonanzen, siehe dazu Bühring-Uhleet al. (2017), S. 44 f.

bitterter Streit ausbrechen. So wurde Maike Kohl-Richter vergleichsweise unstrittig **Alleinerbin** des früheren deutschen Bundeskanzlers Helmut Kohl. Das Verhältnis der zweiten Ehefrau mit den Kindern Kohls aus erster Ehe war dennoch bereits vor dem Tod völlig zerrüttet.⁵² Mit den Worten der Tagesschau ist „die Geschichte der Familie Kohl [...] eine Verkettung von Vernachlässigung, Eifersucht, verletzter Eitelkeit und Sprachlosigkeit, die über den Tod des Altkanzlers hinausgeht“.⁵³

Es verwundert daher nicht, dass bereits unmittelbar nach dem Tod Kohls im Juni 2017 an verschiedenen Stellen erbitterte Konflikte aufbrachen. So kam es schon zu giftigen, öffentlich ausgetragenen Auseinandersetzungen wegen eines (angeblich) untersagten Besuchs des Kohl-Sohns Walter am **Totenbett**. Die damit verbundenen Bilder des trauernden Walter Kohl mit zwei Enkeln Kohls am Oggersheimer Bungalow bleiben im Gedächtnis. Laut der Seite der zweiten Ehefrau handelte es sich jedoch lediglich um eine Medieninszenierung des Sohnes.⁵⁴ Der wiederum widersprach dieser Darstellung wiederum heftig und beklagte das „pietätlose Verhalten von Maike Kohl-Richter.“⁵⁵ Auch hinsichtlich des **Bestattungsortes** von Helmut Kohl kam es zu Auseinandersetzungen. So wurde spekuliert, ob Maike Kohl-Richter hinter Kohls Wunsch einer Bestattung in Speyer statt in Ludwigshafen-Friesenheim und damit neben seiner ersten Frau Hannelore stehe.⁵⁶ In ähnlichen Konstellationen kommt es tatsächlich häufig vor, dass die überlebende Ehegattin keine Beisetzung ihres Gatten neben „ihrer Vorgängerin“ wünscht.

Von außen lässt sich naturgemäß nicht beurteilen, welche der verschiedenen Darstellungen den wahren Ablauf am ehesten trifft. An dieser Stelle kommt es darauf aber auch gar nicht an. Der frühere Stuttgarter Oberbürgermeister Manfred Rommel hat einmal geäußert, im Tod ende jede Feindschaft.⁵⁷ Jedenfalls mit Bezug auf die Familien der Verstorbenen gilt das leider regelmäßig nicht. Somit hatte Helmut Kohl zwar großen Anteil an der Überwindung der deutschen Teilung und der Einigung Europas; die Familie hingegen musste er zerstritten hinterlassen.⁵⁸ Dass er seine materiellen Dinge bereits zu Lebzeiten geordnet hatte, konnte daran nichts ändern.

⁵² Spiegel Online, Kohl-Witwe erbt alles, 14.10.2017, <https://www.spiegel.de/politik/deutschland/helmut-kohl-maike-kohl-richter-ist-alleinerbin-a-1172781.html>.

⁵³ Tagesschau, Europa geeint, Familie entzweit, 22.06.2017, <https://web.archive.org/web/20180620061301/www.tagesschau.de/inland/kohl-familien-streit-101.html>.

⁵⁴ Focus, Anwalt des Altkanzlers entsetzt: „Kohl wollte keinen Ärger, er wollte letzte Ruhe“, 22.06.2017, https://www.focus.de/politik/deutschland/anwalt-des-alt-kanzlers-entsetzt-debatte-um-beisetzung-kohl-wollte-keinen-aerger-er-wollte-seine-letzte-ruhe_id_7272174.html.

⁵⁵ Die Welt, „Mich empört das pietätlose Verhalten von Maike Kohl-Richter“, 21.06.2017, <https://www.welt.de/politik/article165808001/Mich-empuert-das-pietaetlose-Verhalten-von-Maike-Kohl-Richter.html>.

⁵⁶ Focus, Anwalt des Altkanzlers entsetzt: „Kohl wollte keinen Ärger, er wollte letzte Ruhe“, 22.06.2017, https://www.focus.de/politik/deutschland/anwalt-des-alt-kanzlers-entsetzt-debatte-um-beisetzung-kohl-wollte-keinen-aerger-er-wollte-seine-letzte-ruhe_id_7272174.html.

⁵⁷ Nach Cicero, (K)eine ganz normale Familie, <https://www.cicero.de/innenpolitik/das-erbe-helmut-kohls-keine-ganz-normale-familie>.

⁵⁸ Tagesschau, Europa geeint, Familie entzweit, 22.06.2017, <https://web.archive.org/web/20180620061301/www.tagesschau.de/inland/kohl-familien-streit-101.html>.

1.3.1.4 Erben von Udo Jürgens

Auch in der Auseinandersetzung hinsichtlich des Nachlasses des Ende 2014 verstorbenen Musikers Udo Jürgens Bockelmann wird vermutet, dass es letztlich weniger um finanzielle Ansprüche als um die Erbenstellung der Halbgeschwister ging.⁵⁹ Letztlich entschieden die Gerichte, dass die Lebensgefährtin und die beiden leiblichen Kinder Erben, die uneheliche Tochter hingegen „nur“ Vermächtnisnehmerin wurden.⁶⁰ Bis dahin war freilich bereits reichlich Porzellan zerschlagen.

1.3.1.5 Familie von Finck

Auch in dem Erbstreit nach dem Bankier August Georg Heinrich von Finck ging es – neben substanziellen finanziellen Interessen – vor allem um Zwischenmenschliches, namentlich die **Zugehörigkeit** zur Familie. So hatte sich einer der Söhne, Helmut von Finck, im Jahr 1985 mit einem Betrag von 66 Millionen DM abfinden lassen. Dies geschah freilich zu einer Zeit, zu der er, so seine heutige Rechtsanwälte, aufgrund Drogenmissbrauchs, Depressionen und labiler Seelenverfassung nicht geschäftsfähig war und die Abfindung zudem offensichtlich sittenwidrig niedrig gewesen sei. „Liebe und Nähe“ hatte er in der Bhagwan-Sekte gesucht, als Ausgleich zu seinem als „herzlos“ empfundenen Vater und „ablehnenden Brüdern“. Erst Helmut's Sohn Nino von Finck suchte vergeblich wieder engeren Kontakt zu den weiteren Familienstämmen. Hierzu schrieb er seinem Onkel 2003 einen handgeschriebenen „naiv liebevoll“ formulierten Brief, der von dessen Anwälten beantwortet wurde. Diese als Kränkung empfundene Reaktion führte zu einem Rechtsstreit mit Milliardenstreitwert.⁶¹ Allein das 2019 abgeschlossene erstinstanzliche Verfahren zog sich über zehn Jahre hin.⁶²

1.3.2 Unternehmensnachfolge

Unternehmensnachfolgen weisen gegenüber der „bloßen“ Vermögensnachfolge eine erhöhte Komplexität auf. Jedes Jahr steht bei **27.000 übernahmewürdigen Unternehmen** die Unternehmensnachfolge an; die Tendenz ist steigend.⁶³ Dabei

⁵⁹ Bunte Magazin, Udo Jürgens – Sein Sohn packt über den Erbstreit aus, 21.09.2015, <https://www.bunte.de/stars/star-news/trauerfalle/udo-jurgens-80-sein-sohn-packt-uber-den-bitteren-erbstreit-aus-154041.html>.

⁶⁰ n-tv, Uneheliche Tochter beschwert sich – Gericht legt Erbstreit um Udo Jürgens bei, 02.05.2016, <https://www.n-tv.de/leute/Gericht-legt-Erbstreit-um-Udo-Juergens-bei-article17601616.html>.

⁶¹ Bilanz, Von-Finck-Dynastie: Ein Erbstreit sondergleichen, 08.12.2015, <https://www.handelszeitung.ch/unternehmen/von-finck-dynastie-ein-erbstreit-sondergleichen>.

⁶² Chmielewski, Urteil im Erbschaftsdrama, 13.09.2019, <https://www.juve.de/verfahren/urteil-im-erbschaftsdrama-noerr-latham-und-wirsing-hass-zoller-streiten-fuer-die-finck-erben/>.

⁶³ Kay und Suprinovič (2020), Abschn. 1.3.

erfolgt die Übertragung in den meisten Fällen an **Familienmitglieder**, seltener an externe Interessenten und gelegentlich auch an unternehmensinterne Nachfolger. Wegen der regelmäßig großen volkswirtschaftlichen Bedeutung finden sich Berichte über geglückte und gescheiterte Unternehmensnachfolgeprozesse regelmäßig nicht nur in der Boulevardpresse, sondern auch in den großen Wirtschaftszeitungen.

Vorzeichen einer konflikthafter Nachfolgeregelung ist die häufig *Otto Fürst von Bismarck* zugeschriebene Aussage, dass die erste Generation Vermögen schafft, die zweite es verwaltet, die dritte Kunstgeschichte studiert und die vierte verkommt. Mit dieser Weisheit ist es wie mit vielen Sprichwörtern: Die Aussage entspricht in ihrer überzeichnenden Universalität nicht der Realität, aber einen wahren Kern wird man ihr zubilligen müssen. Vor allem aber haben es die späteren Generationen in der Hand, die ungute Prophezeiung in ihrem Fall nicht wahr werden zu lassen.

1.3.2.1 Zerschlagenes Keksimperium der Familie Bahlsen

Während es in der Vermögensnachfolge zur familiären Trennung kommen kann, können Streitigkeiten unter Unternehmenserben zur **Zerschlagung von Unternehmen** führen. So erging es auch dem Ende des 19. Jahrhunderts von Hermann Bahlsen gegründeten Keksimperium. Nachdem Bahlsen die Idee englischer Cakes nach Deutschland brachte und umsetzte, florierte sein Unternehmen zunächst. Der Erfolg lässt sich daran erahnen, dass der Begriff „Keks“, die Eindeutschung von „Cakes“, auf den Unternehmensgründer zurückgeht. In den Wirren des Ersten Weltkrieges brach jedoch die **Rohstoffversorgung** zusammen und das Unternehmen damit fast zum Erliegen. Die drei Söhne Hermann Bahlens, Hans, Werner und Klaus, ließen das Unternehmen jedoch nach beiden Weltkriegen jeweils wieder wie **Phoenix aus der Asche** auferstehen. Werner Bahlsen stand dabei fast sechs Jahrzehnte an der Spitze des Familienunternehmens.⁶⁴

Mit dem Ausscheiden des Patriarchen begann das Unternehmen auseinanderzufallen. In einer **ersten Welle** der Auseinandersetzungen schied der Sohn von Hans Bahlsen gegen Abfindung in Form einer ausländischen Gesellschaft aus dem Unternehmen aus. Darauf folgte eine **zweite Welle** der Streitigkeiten, nun unter den drei Kindern von Werner Bahlsen, Lorenz, Werner Michael und Andrea. Klaus Bahlsen hinterließ keine Abkömmlinge. Nachdem der Beirat des Unternehmens Werner Michael Bahlsen zum Sprecher des Unternehmens berufen hatte, kam es zu massiven Auseinandersetzungen mit seinem älteren Bruder Lorenz. Um zu verhindern, dass das Unternehmen im „Strudel der Streitigkeiten“ untergeht, wurde Bahlsen in der

⁶⁴ Manager magazin, Jeder backt seinen eigenen Keks, 22.06.2004, <https://www.manager-magazin.de/unternehmen/karriere/a-305047.html>.

Folge in drei Teile **vollständig aufgeteilt**, also zerschlagen. Die bekannten Teile bildeten dabei das Kerngeschäft „Süßgebäck“ sowie das „Snack-Geschäft“. Der SPIEGEL geizte nicht mit harschen Worten und sprach von einem „Beispiel für die traurige Tatsache, dass florierende Familienfirmen durch Streit und Gier der Erben runtergewirtschaftet werden.“⁶⁵

1.3.2.2 Erbstreit in der Pudding-Dynastie

Der Streit um die Konzernleitung beim Nahrungsmittelproduzenten⁶⁶ Dr. Oetker, genauer der Dr. August Oetker KG, also der Holding der Oetker-Gruppe, dürfte einer der längsten bekannten **Unternehmensnachfolge-Auseinandersetzungen** in Deutschland darstellen. Die gut vierhundert Unternehmen der Oetker-Gruppe erwirtschafteten im Geschäftsjahr 2020 einen Umsatz von etwa 7,3 Milliarden Euro und beschäftigten rund 37.000 Mitarbeiter.⁶⁷ Der Familienstreit der Oetkers schwelte schon lange und eskalierte nach dem Tod von **Rudolf-August Oetker** im Jahr 2007.⁶⁸ Es stehen sich regelmäßig die fünf Kinder aus den ersten beiden Ehen, welche die Mehrheit an Dr. Oetker halten, mit den drei Kindern aus der dritten Ehe gegenüber.

Nach dem Tod des Firmenpatriarchen Rudolf-August Oetker im Januar 2007 leitete zunächst dessen ältester Sohn August aus zweiter Ehe das Unternehmen. Als dessen Leitung länger als bis zum Erreichen der internen Altersgrenze dauern sollte, legten die Kinder aus dritter Ehe ihr Veto ein. Gleichzeitig nominierten sie Sohn Alfred, aus dritter Ehe, als nächsten Konzernchef, was auf starken Widerstand der älteren Halbgeschwister stieß. Als **Puffer zwischen den Generationen** – zwischen der ältesten Tochter Rosely Schweizer und der jüngsten Tochter Julia liegen fast vier Jahrzehnte – und Kompromisskandidat wurde Richard Oetker, Sohn aus zweiter Ehe, akzeptiert.⁶⁹ Über dessen Nachfolge nach dem Erreichen der Altersgrenze wurde heftig und letztlich bereits seit der Übernahme der Konzernleitung durch ihn gestritten.

Etwa ab 2010 oder 2011 war schließlich ein hochkarätig besetztes **Schiedsgericht** eingebunden, das in den ersten Jahren so streng geheim tagte, dass seine Existenz erst 2014 öffentlich bekannt wurde. Mithilfe des Schiedsgerichts gelang es

⁶⁵ Spiegel, Könige im Reich der Kekse, 20.05.2001, <https://www.spiegel.de/wirtschaft/die-reichsten-deutschen-koenige-im-reich-der-kekse-a-134950.html>.

⁶⁶ Der Begriff der „Pudding-Dynastie“ stammt von <https://www.bild.de/geld/wirtschaft/dr-oetker/bitterer-erbstreit-in-der-pudding-dynastie-34378020.bild.html>.

⁶⁷ Dr. August Oetker KG, Geschäftsbericht 2020, S. 2.

⁶⁸ juve, Machtkampf bei Oetker: Schiedsgericht und Top-Anwälte können Familienstreit kaum schlichten, 30.01.2014, <https://www.juve.de/nachrichten/verfahren/2014/01/machtkampf-bei-oetker-schiedsgericht-und-top-anwalte-konnen-familienstreit-kaum-schlichten>.

⁶⁹ juve, Machtkampf bei Oetker: Schiedsgericht und Top-Anwälte können Familienstreit kaum schlichten, 30.01.2014, <https://www.juve.de/nachrichten/verfahren/2014/01/machtkampf-bei-oetker-schiedsgericht-und-top-anwalte-konnen-familienstreit-kaum-schlichten>.

der Unternehmerfamilie zunächst, sich auf eine Neubesetzung des Beirates zu einigen, der die Spitzenmanager beruft und über die Nachfolge an der Konzernspitze entscheidet. Das ursprüngliche Ziel, der Abschluss der Nachfolgefrage bis Ende 2014, verfehlten die Beteiligten aber deutlich.⁷⁰ Erst im Dezember 2016 wurde verlautbart, dass mit Finanzchef Albert Christmann erstmals ein **familienfremder Manager** den Konzern leiten soll.⁷¹ Ob damit eine endgültige Befriedung der verschiedenen Familienteile erreicht wurde, erscheint unklar: In jüngster Zeit verdichteten sich die Anzeichen für eine Aufspaltung des Unternehmens in mehrere Einheiten.⁷²

Ein solcher Nachfolgestreit zwischen mehreren Familienstämmen verschlingt stets hohe Summen an Beraterhonoraren und Kosten des Schiedsgerichts. Wenig überraschend erstreckte sich der Streit auch bei Dr. Oetker bald auf die Frage, wer diese Verfahrenskosten zu tragen hat.⁷³ Viel einschneidender ist jedoch, dass der Streit zwischen den Anteilseignern das **Management jahrelang schwächt**. Viele Unternehmen brauchen lange Jahre, um sich von dieser Belastung zu erholen.

1.4 Ratgeber für eine bewusste Verfahrensgestaltung

Was hätte man in den dargestellten Beispielfällen womöglich besser machen können? Was können diejenigen, die an der Nachfolgeplanung oder an einer Nachlassauseinandersetzung beteiligt sind, in ihrer eigenen Situation konkret tun? Wichtig ist vor allem, nicht blind den Weg einer **scheinbar unausweichlichen Eskalation** zu gehen, sondern frühzeitig konsensorientierte Alternativen zu erwägen. Es wäre anmaßend zu behaupten, dass sich jeder der soeben geschilderten Fälle mit Hilfe einer Mediation zeitnah zu einem friedlichen Ende hätte führen lassen. Es spricht aber vieles dafür, dass ein reflektierteres Vorgehen zumindest in einigen dieser Fälle eine schnellere und interessengerechtere Lösung ermöglicht hätte.

Dieses Buch möchte Erblässern und ihren Anwältinnen helfen, die Option einer Mediation überlegt zu erwägen und auf dieser Grundlage eine kluge Verfahrensentcheidung zu treffen. Ohne Grundkenntnisse über die Charakteristika einer Media-

⁷⁰Juve, Machtkampf bei Oetker: Schiedsgericht und Top-Anwälte können Familienstreit kaum schlichten, 30.01.2014, <https://www.juve.de/nachrichten/verfahren/2014/01/machtkampf-bei-oetker-schiedsgericht-und-top-anwalte-konnen-familienstreit-kaum-schlichten>.

⁷¹Manager magazin, Oetker bekommt erstmals familienfremden Chef, 13.12.2016, <https://www.manager-magazin.de/unternehmen/handel/oetker-finanzchef-albert-christmann-folgt-richard-oetker-a-1125656.html>.

⁷²Terpitz, Das Oetker-Geschäft driftet auseinander, 15.06.2021, <https://www.handelsblatt.com/unternehmen/handel-konsumgueter/familienunternehmen-das-oetker-geschaef-driftet-auseinander/27287900.html>.

⁷³Im Fall von Dr. Oetker beliefen sich allein die Schiedsgerichtskosten auf einen Millionenbetrag; juve, Schiedsgericht kommt Lösung in Dauerfehde näher, 04.02.2015, <https://www.juve.de/nachrichten/verfahren/2015/02/oetker-schiedsgericht-kommt-loesung-in-dauerfehde-naeher>.

tion laufen Erben im Streitfall unweigerlich in Richtung eines zeitraubenden und kostenintensiven Gerichtsverfahrens. Ein Blick in dieses Buch soll hier eine **bewusste Entscheidung für oder gegen eine Mediation** ermöglichen. Gleichzeitig hilft das Werk Berufsträgern aus Anwaltschaft und Notariat, ihre Mandantschaft bei der Vertragsgestaltung sowie im Streitfall kompetent zu beraten. Für den Fall, dass es zu einem Mediationsverfahren kommt, möchte das Buch verständliche Erläuterungen geben und damit die Einschätzung dessen präzisieren, was die Betroffenen in einer Mediation erwarten. Schließlich kann die Darstellung auch für die Teilnehmer von Mediationsausbildungen einen guten Überblick über einen Konflikttyp geben, der für die konsensuale Konfliktlösung in besonderer Weise prädestiniert ist.

Es geht in diesem Werk nicht isoliert um die Bewältigung eines bestimmten Konflikttyps, beispielsweise das Finden einer für alle Erben akzeptablen Auseinandersetzung einer Erbengemeinschaft durch einen Vergleich „um jeden Preis“, sondern um Mittel und Wege, den **Interessen der Erblasserin** und darüber hinaus möglichst den **Interessen aller Beteiligten** umfassend und dauerhaft Geltung zu verschaffen. Legt man dieses Verständnis zugrunde, ist Mediation nicht nur ein Verfahren zur Streitbeilegung hinsichtlich bereits eingetretener erbrechtlicher Konflikte nach dem Tod des Erblassers (*post mortem*), sondern dient bereits der Konfliktprävention vor dem Erbfall (*prae mortem*). **Konfliktlösung** und **Konfliktvermeidung** sind dann auf tieferer Ebene sogar nur die Folgen dieses zentralen Ansatzes der Mediation. Im Zentrum dieser Perspektive stehen die Motive der Erblasserin und das Ziel, diese mit den wirklichen Interessen der weiteren Beteiligten in Einklang zu bringen. Im Idealfall lassen sich damit nicht nur destruktive Konflikte vermeiden, sondern es lässt sich ein vielfacher, materieller wie immaterieller Mehrwert schaffen.

Das auf diesen einführenden Überblick folgende zweite Kapitel des Buches erläutert Charakteristika, derentwegen sich erbrechtliche Fälle für eine einvernehmliche Streitbeilegung in besonderer Weise eignen. Daran schließen sich im dritten und vierten Kapitel eine Darstellung der Methode Mediation sowie ein Einblick in das konkrete Wertschöpfungspotenzial des Verfahrens für Erbstreitigkeiten an. Das fünfte Kapitel gibt Anregungen für die anwaltliche Beratungspraxis vor Eintritt des Erbfalls; das darauffolgende sechste Kapitel widmet sich speziell der Gestaltung von Mediationsklauseln. Das abschließende siebte Kapitel wirft einen Blick auf die speziellen Bedürfnisse der Nachfolge in Familienunternehmen.

Literatur

- Ahrens M (2012) Mediationsgesetz und Güterichter – Neue gesetzliche Regelungen der gerichtlichen und außergerichtlichen Mediation. NJW 2012:2465–2471
- Beisel D (2016) Mediation im Erbrecht. In: Haft F, Schlieffen K (Hrsg) Handbuch Mediation, 3. Aufl. C. H. Beck, München
- Born M, Ghassemi-Tabar N, Gehle B (2020) Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd 7, 6. Aufl. C. H. Beck, München

- Bühning-Uhle C, Eidenmüller H, Nelle A (2017) Verhandlungsmanagement, 2. Aufl. C. H. Beck/dtv, München
- Bundesregierung (2017) Bericht über die Auswirkungen des Mediationsgesetzes auf die Entwicklung der Mediation in Deutschland und über die Situation der Aus- und Fortbildung der Mediatoren. Berlin
- Deutmoser R (2011) Mediation: settle your dispute without creating a loser. GBM Prod Liab Rev 2011:70
- Deutsches Institut für Altersvorsorge (2011) Erben in Deutschland 2015–24. Berlin.
- Diop D, Steinbrecher A (2011) Ein Mediationsgesetz für Deutschland: Impuls für die Wirtschaftsmediation? BB 2011:131–139
- Eidenmüller H, Fries M (2017) Entwicklung und Regulierung des deutschen Mediationsmarktes: Zur Verordnung über die Aus- und Fortbildung von zertifizierten Mediatoren. AnwBl 2017:23–26
- Eidenmüller H, Prause M (2008) Die europäische Mediationsrichtlinie – Perspektiven für eine gesetzliche Regelung der Mediation in Deutschland. NJW 2008:2737–2743
- Fries M, Lenz-Brendel N, Roglmeier J (2018) Mediation in Erbstreitigkeiten. ZErB 2018:53–59
- Institut für Demoskopie Allensbach (2018) Erben und Vererben: Erfahrungen, Erwartungen und Pläne. Allensbach
- Kay R, Suprinovič O (2020) Entwicklung und volkswirtschaftliche Bedeutung der Unternehmensnachfolgen in Deutschland. In: Wieseahn A (Hrsg) Unternehmensnachfolge: Praxishandbuch für Familienunternehmen, 2. Aufl. Springer, Berlin
- KPMG (2009) Konfliktkostenstudie. Berlin
- Luhmann N (1999) Ausdifferenzierung des Rechts. Suhrkamp, Frankfurt am Main
- Mähler H-G, Kerntke W (2004) Verhaltenscodex und Richtlinienvorschlag. ZKM 2004:151–155
- Moll W (Hrsg) (2021) Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 5. Aufl. C. H. Beck, München
- Montada L (2004) Nachhaltige Beilegung von Familienkonflikten durch Mediation. FPR 2004:182–187
- Neuvians N (2011) Mediation in Familienunternehmen: Chancen und Grenzen des Verfahrens in der Konfliktdynamik. Gabler, Wiesbaden
- Pauli L, Schärer K (2016) Rigo und Rosa. Atlantis, Zürich
- Plassmann M (2017) „Zertifizierung light“ – Verbraucher und Mediatoren in der Zertifizierungsfalle? AnwBl 2017:26–33
- PwC, Europa-Universität Viadrina (2005) Studie Commercial Dispute Resolution I. Frankfurt
- PwC, Europa-Universität Viadrina (2007) Studie Commercial Dispute Resolution II. Frankfurt
- Risse J (1999) Beilegung von Erbstreitigkeiten durch Mediationsverfahren. ZEV 1999:205–210
- Risse J (2012) Das Mediationsgesetz – Eine Kommentierung. SchiedsVZ 2012:244–254
- Röthemeyer P (2016) Die Zertifizierung nach der ZMediatAusV. ZKM 2016:195–204
- Schiffer KJ, Schürmann CJ (2014) Die Anordnung von Schiedsgericht und Mediation in der Verfügung von Todes wegen. Hereditare 2014:39–60
- Statistisches Bundesamt (2016) Erbschaft- und Schenkungssteuerstatistik. Wiesbaden
- Vorwerk V (Hrsg) (2019) Das Prozess-Formular-Buch, 11. Aufl. C. H. Beck, München
- Voßkuhle A, Kaiser A-B (2014) Grundwissen – Öffentliches Recht: Der allgemeine Justizgewährungsanspruch. JuS 2014:312–314
- Wagner G (2017) Rechtsstandort Deutschland im Wettbewerb: Impulse für Justiz und Schiedsgerichtsbarkeit. C. H. Beck, München
- Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages (2008) Verurteilungen wegen überlanger Gerichtsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte. Berlin

Open Access Dieses Kapitel wird unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz (<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>) veröffentlicht, welche die Nutzung, Vervielfältigung, Bearbeitung, Verbreitung und Wiedergabe in jeglichem Medium und Format erlaubt, sofern Sie den/die ursprünglichen Autor(en) und die Quelle ordnungsgemäß nennen, einen Link zur Creative Commons Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen vorgenommen wurden.

Die in diesem Kapitel enthaltenen Bilder und sonstiges Drittmaterial unterliegen ebenfalls der genannten Creative Commons Lizenz, sofern sich aus der Abbildungslegende nichts anderes ergibt. Sofern das betreffende Material nicht unter der genannten Creative Commons Lizenz steht und die betreffende Handlung nicht nach gesetzlichen Vorschriften erlaubt ist, ist für die oben aufgeführten Weiterverwendungen des Materials die Einwilligung des jeweiligen Rechteinhabers einzuholen.





Wer sich mit der Ausgestaltung interessengerechter Konfliktlösungsverfahren in Erbstreitigkeiten beschäftigt, braucht einen Überblick über die besonderen Schwierigkeiten der erbrechtlichen Praxis. Wo gelangt der rechtsorientierte Umgang mit erbrechtlichen Konflikten an seine Grenzen? Welche Konflikttypen lassen sich unterscheiden? Und welche Akteure sind an der Verschärfung und an der Auflösung von Konfliktsituationen beteiligt?

2.1 Typische Komplexitäten im Erbrecht

Aus welchem Blickwinkel man sich der Materie Erbrechtskonflikte auch nähern mag, stets stößt man auf eine hohe rechtliche, tatsächliche und emotionale **Komplexität**.

2.1.1 Komplexe nationale Rechtsmaterie

Die Vorschriften des deutschen Erbrechts gelten als wenig bekannt und **kaum durchschaubar**, sobald es über die Grundregelungen zur Bestimmung der gesetzlichen Erbfolge hinausgeht. Dies kann auch nicht verwundern, wenn man bedenkt, dass das BGB dem Erbrecht eines von fünf Büchern und etwa 20 Prozent seiner über 2000 Paragraphen widmet. Die Kenntnis dieser Regelungen ist in der Bevölkerung und sogar in Teilen der Anwaltschaft dementsprechend gering ausgeprägt.

Noch weniger Kenntnis und Verständnis besteht hinsichtlich der **Gestaltungsspielräume**, die das Erbrecht eröffnet.¹ Hier konzentrieren sich Erblasser meist nur auf sehr kurzfristig relevante Regelungen für einen oder maximal zwei Erbfälle. Die Möglichkeiten, langfristig wirkende Verfügungen zu treffen, werden häufig verkannt.² Zudem beschränkten sich erbrechtliche Regelungen und die entsprechenden Vorbereitungsmaßnahmen zu Lebzeiten allzu oft auf einen Gesichtspunkt. Das Augenmerk liegt dann etwa auf der steuerlichen Gestaltung oder auf dem Versuch, einzelne Personen von jedwedem Vermögenszufluss auszuschließen. In der Beratung tritt tatsächlich auch immer wieder die Absicht zu Tage, einzelnen Personen noch mit dem Testament „eins auszuwischen“.

Exemplarisch zeigt sich dieses Dilemma am Einsatz des **Berliner Testaments**. Es findet sich in vielen Ehegattentestamenten und mag zivilrechtlich auch oft sinnvoll sein.³ Zur Verbreitung trägt dabei auch bei, dass verschiedene erbrechtliche Broschüren dem rechtlichen Laien ein Ehegattentestament als Muster anbieten und als den Regelfall darstellen.⁴ In allen **Auswirkungen und Konsequenzen** wird das Berliner Testament hingegen selten durchschaut. Auch die erbschaftssteuerlichen, ab Erreichen der Freibeträge nachteiligen Konsequenzen werden in der Folge regelmäßig (zu) spät erkannt.

Die These, dass schon das nationale Erbrecht wenig bekannt ist, lässt sich empirisch belegen. So stimmen etwa zwei Drittel der Erben bzw. Erblasser der Aussage zu, dass das deutsche Erbrecht kompliziert ist.⁵ Entsprechende Zahlen über die Einschätzung (nicht-spezialisierter) Anwälte lassen sich nur mutmaßen, sie dürften aber kaum niedriger ausfallen. Selbst diejenigen Personen, die über das Erbrecht genauer informiert sind, teilen die Einschätzung über dessen **Komplexität**.⁶

2.1.2 *Rasch wachsende internationale Bezüge*

Mit der steigenden Anzahl **grenzüberschreitender Erbrechtsfälle** werden die betroffenen Erbfälle und Nachlassplanungen zunehmend komplexer. Eine Auslandsberührung kann etwa vorliegen, wenn die Erblasserin eine fremde oder doppelte Staatsbürgerschaft besitzt, im Ausland gewohnt hat, Nachlassgegenstände im Ausland belegen sind oder ausländische Gesellschaftsanteile in den Nachlass fallen, wenn eine Verfügung von Todes wegen im Ausland errichtet wurde oder das Güterrechtsstatut bei einer verheirateten Erblasserin Auswirkungen auf das Erbrecht entfaltet.⁷

¹ Beisel (2016) § 32 Rn. 2.

² Beisel (2016) § 32 Rn. 2.

³ Kössinger und Zintl (2020) § 6 Rn. 202 ff.

⁴ Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (2018), S. 28.

⁵ Institut für Demoskopie Allensbach (2018), S. 55.

⁶ Institut für Demoskopie Allensbach (2018), S. 55.

⁷ Kössinger (2020), § 5 Rn. 1.

Die mit zunehmender Mobilität von Personen und Vermögenswerten ansteigende Relevanz von Sachverhalten mit Auslandsberührung hat auch der europäische Gesetzgeber erkannt und in der Folge die **Erbrechtsverordnung** erlassen, die auf alle grenzüberschreitenden Erbfälle Anwendung findet, die sich seit dem 17. August 2015 ereignet haben. Diese Verordnung führt in Deutschland durch die Abkehr von der Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit des Art. 25 Abs. 1 EGBGB und die Verweisung des Art. 5 EuErbVO auf das Recht am letzten gewöhnlichen Aufenthaltsort des Erblassers zu fundamentalen Änderungen.⁸ Die EuErbVO dient der europäischen Harmonisierung durch die Vereinheitlichung des Erbkollisionsrechts,⁹ die Komplexität von Fällen mit grenzüberschreitenden Bezügen kann sie allerdings nur teilweise reduzieren, weil nach wie vor häufig ausländisches Erbrecht anzuwenden ist.

Lauern schon in rein nationalen Fällen viele **Fallstricke** des deutschen Zivil-, Zivilprozess- und Steuerrechts, nimmt die Komplexität bei grenzüberschreitenden Anknüpfungspunkten exponentiell zu. Es ist dann nicht mehr nur – eventuell auch überhaupt nicht mehr – deutsches Recht relevant, sondern gegebenenfalls (auch) das Sachrecht anderer Staaten. Im schlimmsten Fall kommt es noch zu einer Nachlassspaltung, zu einem internationalen Wettlauf um die Rechtshängigkeit oder zu divergierenden Urteilen der Gerichte in verschiedenen Ländern mit den entsprechenden Vollstreckungsproblemen.

Die Folge ist zum einen eine Vielzahl weiterer Brennpunkte, an denen sich Konflikte entzünden können. So wird das Potenzial unterschiedlicher **Einschätzungen der Rechtslage** deutlich ansteigen. Zum anderen ist die Sachaufklärung bei Auslandsberührung regelmäßig massiv erschwert, was die Konfliktkosten deutlich ansteigen lässt.

2.1.3 Nicht auflösbare Unschärfen bei den Rechtstatsachen

Neben die rechtlichen Komplexitäten erbrechtlicher Fragestellungen, treten eine Vielzahl problematischer **Unschärfen** der zugrundeliegenden Rechtstatsachen. Nachfolgend seien beispielhaft drei dieser Problemkreise genannt.

2.1.3.1 Testierfähigkeit und Demenz

Ein Testament ist nur wirksam, wenn die Erblasserin im Zeitpunkt der Errichtung **testierfähig** war. Dieses Erfordernis sieht der Gesetzgeber nur dann als nicht erfüllt an, wenn jemand wegen krankhafter Störung der Geistestätigkeit, wegen Geisteschwäche oder wegen Bewusstseinsstörung nicht in der Lage ist, die Bedeutung

⁸Simon und Buschbaum (2012), S. 2393.

⁹Simon und Buschbaum (2012), S. 2398.

einer von ihm abgegebenen Willenserklärung einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln.¹⁰ Mit zunehmender Alterung der Gesellschaft steigt auch die Zahl der Fälle, in denen, beispielsweise aufgrund eines **demenziellen Syndroms**, das Vorliegen einer solchen Geistes- oder Bewusstseinsstörung fraglich ist. In der Praxis bereitet die Feststellung der Testierfähigkeit im Zeitpunkt der Errichtung des Testaments große Schwierigkeiten, insbesondere wenn dieser Zeitpunkt bereits viele Jahre zurück liegt.¹¹

**Ein Paradefall für diese Problematik war die Erbsache Cornelius Gurlitt, die über mehrere Jahre hinweg die Münchener Gerichte beschäftigte. Gurlitt hatte aus dem Erbe seines Vaters eine wertvolle Kunstsammlung erhalten, die teilweise mit dem Makel des nationalsozialistischen Kunst-
raubs behaftet war. Gurlitt lebte mit diesem reichen Erbe fernab der Öffentlichkeit jahrelang unbehelligt in seiner Schwabinger Wohnung. Wenige Monate vor seinem Tod erhielt er einen Betreuer. Anschließend verfasste er ein Testament, in dem er seine Angehörigen enterbte und das Berner Kunstmuseum als Alleinerben einsetzte. Nach seinem Tod im Frühjahr 2014 entbrannte bald ein Streit um das Erbe, in dessen Verlauf die Angehörigen versuchten, mit Hilfe mehrerer Gutachten die Testierunfähigkeit Gurlitts zu beweisen. Das anschließend vom OLG München in Auftrag gegebene Gutachten bestätigte zwar erhebliche psychische Belastungen Gurlitts, konnte die Annahme der Testierfähigkeit aber letztlich nicht sicher stützen. Das Gericht folgte daher der Zweifelsregelung des § 2229 Abs. 4 BGB und ging zugunsten des Kunstmuseums von Testierfähigkeit aus.¹²**

Steht eine Geistes- oder Bewusstseinsstörung im Raum, können sich an dieser Frage leicht gravierende Konflikte entzünden. Die schon ausreichend schwierige **medizinisch-juristische** Beurteilung ist dann oft überlagert von der **persönlich-emotionalen** Betroffenheit der Beteiligten. In einem öffentlichen Verfahren muss dann womöglich darüber gesprochen und entschieden werden, ob ein Familienmitglied – wie es eine damit belastete Konfliktpartei einmal formulierte – „noch alle Tassen im Schrank“ hatte. Auch wenn sich, basierend auf den Feststellungen der Gutachterin, die Testierunfähigkeit des Vaters in diesem Fall feststellen ließ, mögen die weiteren Geschwister dem Bruder, der das Thema aufgebracht hat, vorhalten, das Ansehen des Vaters posthum zu besudeln.

¹⁰ § 2229 Abs. 4 BGB.

¹¹ Fries (2016), S. 421 ff. m. w. N.

¹² OLG München Urt. v. 15. Dezember 2016, 31 Wx 144/15, <https://openjur.de/u/943878.html>.

2.1.3.2 Auslegung von Testamenten

Ein weiterer Brennpunkt der Beratungspraxis *post mortem* stellt die Feststellung des wirklichen **Erblasserswillens**, also die Auslegung letztwilliger Verfügungen dar. Im Zeitpunkt der Auseinandersetzung ist die maßgebliche Person gerade schon verstorben, so dass für Spekulationen über deren wirklichen Willen Tür und Tor geöffnet sind.

Hierbei unterscheidet sich die **rechtliche Auslegung** deutlich von der emotionalen Auslegung. Die rechtliche Auslegung folgt bestimmten festgelegten Mustern und Beweislastregeln. Die rechtliche Auslegung zielt auf die Ermittlung des **wirklichen subjektiven Willens** des Erklärenden im Errichtungszeitpunkt unter Berücksichtigung **seines Erklärenden-Horizonts**. Dabei darf die Auslegung nicht am buchstäblichen Sinn der Erklärung haften. Es genügt, wenn der wirkliche Wille andeutungsweise zum Ausdruck gekommen ist.¹³ Erst und nur wenn die Ermittlung dieses realen Willens nicht gelingt, darf man von der Auslegung auf denjenigen Sinn zurückgreifen, der dem **mutmaßlichen Erblasserswillen** am ehesten entspricht.¹⁴ Dabei handelt es sich aber nicht um einen hypothetischen irrealen Willen, den ein Erblasser *üblicherweise* gehabt hat oder haben sollte, sondern es ist strikt derjenige Wille zu ermitteln, den der konkrete Erblasser mutmaßlich bei der Errichtung gehabt hat.¹⁵

Im Gegensatz dazu ist die emotionale Betrachtung der letztwilligen Verfügung bereits vorgefärbt durch die Beziehung und mögliche Urkonflikte mit dem Erblasser und den weiteren Beteiligten. Im Vordergrund stehen hierbei also nicht der subjektive Wille des Erklärenden und der Erklärenden-Horizont, sondern die subjektive Sicht der Beteiligten und deren **Empfängerhorizont**.

In der Folge prallen bei Interpretationsfragen die rechtliche Auslegung und die subjektiven emotionalen Betrachtungen aufeinander, wobei sich letztere auch noch von Beteiligten zu Beteiligten unterscheiden. Da der Empfängerhorizont dabei von der jeweiligen **subjektiven Realität** geprägt ist, fehlt es häufig an jedem Verständnis für konträre Annahmen weiterer Beteiligten. In der Folge kommt es zu intensivsten Auseinandersetzungen und Angriffen auf der Personenebene. Gerichtliche Verfahren können derartige Konflikte vordergründig beenden, aber nicht dauerhaft befrieden.

¹³BGH Beschl. v. 9. April 1981, IVa ZB 6/80, <https://rewis.io/urteile/urteil/9xh-15-12-2016-31-wx-14415/>; BayObLG Beschl. v. 9. Dezember 1985, BReg. 1 Z 90/85, juris; Kössinger und Najdecki (2020), § 23 Rn. 5.

¹⁴BGH Urt. v. 8. Juli 1981, IVa ZR 188/80, juris; BayObLG v. 23. März 1982, BReg. 1 Z 143/81, BayObLGZ 1982, 159 (165); Kössinger und Najdecki (2020), § 23 Rn. 25.

¹⁵BGH Urt. v. 20. Oktober 1952, IV ZR 99/52, juris; Kössinger und Najdecki (2020), § 23 Rn. 25.

2.1.3.3 Ermessen der Testamentsvollstreckerin

Ein dritter Fall, in dem die nicht immer trennscharfen Konturen des Erbrechts offenbar werden, ist der Ermessensspielraum von Testamentsvollstreckern. Diese sind bei ihrer Tätigkeit zwar gemäß § 2203 BGB an die letztwilligen Verfügungen der Erblasserin gebunden. Faktisch hat eine Testamentsvollstreckerin aber bei der ihr nach §§ 2205, 2216 Abs. 1 BGB obliegenden Verwaltung des Nachlasses einen erheblichen Handlungsspielraum. Gerade im Verhältnis zu den Erben sitzt sie regelmäßig am längeren Hebel, weil die Möglichkeiten, sie nach § 2227 BGB aus ihrem Amt zu entlassen, unter hohen Voraussetzungen stehen.¹⁶ Nicht selten stellen auch Erblasser die Nachlassauseinandersetzung ausdrücklich in das Ermessen der Testamentsvollstreckerin und vergrößern damit noch deren gesetzlich vorgesehenen Aktionsspielraum.

Den ihnen so zugewiesenen Spielraum nehmen Testamentsvollstrecker meist gerne an, weil dies die Abwicklung der Nachlasssache auf den ersten Blick vereinfacht. Vor allem in denjenigen Fällen, in denen der Testamentsvollstrecker aus dem Kreis der erweiterten Familie kommt, nähren nach eigenem Ermessen getroffene Entscheidungen der Testamentsvollstreckerin aber oft auch Misstrauen. Das rechtfertigt zwar nicht ihre Entlassung, aber die Erben sammeln schon einmal Munition und versuchen womöglich, die Testamentsvollstreckerin zur freiwilligen Aufgabe ihres Amtes nach § 2226 BGB zu bewegen. Das gelingt zwar nur selten, aber die Atmosphäre verschlechtert sich natürlich auf diesem Wege. Und wo die Testamentsvollstreckerin doch hinwirft, schließt sich fast unausweichlich der nächste Konflikt über die angemessene Höhe ihres Honorars an.

2.1.4 Justiziabilität von Konflikten

Die geradezu notwendigen Spielräume im materiellen Recht und die daraus resultierende Unsicherheit bei der Prognose richterlicher Entscheidungen zeigen: Das Recht will nicht konsensual lösbare Streitigkeiten durch Abstraktion und Verkürzung lösbar machen, denn dieser Versuch muss fast zwangsläufig scheitern. Zeugnis davon geben nicht zuletzt diejenigen Streitigkeiten, die nach vielen Jahren des Prozessierens durch übermäßigen Vergleichsdruck letztlich auch außerhalb der Kategorien des Rechts einfach „irgendwie“ beigelegt werden. Mit anderen Worten: Solche Konflikte sind nach dem geltenden Recht **kaum justiziabel**,¹⁷ und das Recht möchte sich ihre Justiziabilität auch bewusst nicht durch einen kurzen Prozess erkaufen.

Während gerichtliche Verfahren darauf beschränkt sind, ob der streitgegenständliche Anspruch vor Gericht gehört (Zulässigkeitsfrage) und positiv beschieden wird

¹⁶Ausführlich Tolksdorf (2022), § 2227 Rn. 2 ff.; Zimmermann (2022), § 2227 Rn. 7 ff.

¹⁷Hierzu etwa Montada (2004), S. 183.

(Begründetheitsfrage), besteht in konsensorientierten Verfahren wie der Mediation keine solche Beschränkung. Vielmehr können auch Anliegen ohne Rechtsgrund behandelt werden. Deren Basis ist vielfältig und findet ihre **außerrechtliche Grundlage** häufig in individuellen oder kollektiven **Überzeugungen**. Zu denken ist etwa an Moral, Gerechtigkeit, Anstand, Folgen rechtlich unverbindlicher Absprachen und Versprechen.¹⁸ Man sollte nicht unterschätzen, wie viele Menschen eigentlich maßgeblich von diesen außerrechtlichen Überzeugungen geleitet werden.

2.2 Erbrechtliche Konflikttypen

Ginge es in Erbstreitigkeiten primär um rechtliche Fragen, würde sich ihre Komplexität zumindest in den geschilderten Unschärfen erschöpfen. Allerdings ist der Rechtsstreit naturgemäß nur Stellvertreter für die dahinter liegenden eigentlichen Probleme der Parteien. Wer nach einer befriedenden Lösung für den Konflikt sucht, darf daher nicht an der juristisch geprägten Oberfläche bleiben, sondern muss tiefer schürfen und die der rechtlichen Bewertung vorausgehenden Schwierigkeiten erkennen und verstehen. Die Typisierung der so zu Tage tretenden **Konflikte** kann wichtige Hinweise auf denkbare Lösungsmöglichkeiten geben, auch wenn sie naturgemäß nur eine Näherung an die vielgestaltige Realität darstellt.

2.2.1 Verteilungskonflikte

Mindestens vordergründig handelt es sich bei den meisten Erbstreitigkeiten um Verteilungskonflikte. Bei diesen Konflikten steht die Frage im Vordergrund, wer eine **begrenzte Ressource** zugeteilt bekommt, bzw. wer welchen Anteil daran erhält.¹⁹ Diese begrenzte Ressource ist im Erbstreit naturgemäß der Nachlassbestand, von dem meist jeder der Beteiligten einen möglichst großen Anteil beansprucht. In vielen der im ersten Kapitel genannten Fallbeispiele – namentlich die Konflikte um das ARAG-Erbe, den Nachlass von Udo Jürgens und das Vermögen der Familie von Finck²⁰ – spielte diese Thematik eine zentrale Rolle.

Die besondere Herausforderung bei Verteilungskonflikten besteht in ihrer scheinbaren Eindimensionalität. Die Versuchung ist groß, den Streit als Nullsummenspiel zu betrachten, bei dem sich ein Vorteil für die jeweilige Kontrahentin denknottwendig mit einem gleich großen eigenen Nachteil einher geht. Diese Betrachtung lässt indes unberücksichtigt, dass die meisten Nachlassbestandteile neben dem ob-

¹⁸Montada (2004), S. 183.

¹⁹Ausführlich Duve et al. (2019), S. 29 f.

²⁰Siehe oben Abschn. 1.3.1.2, 1.3.1.4 und 1.3.1.5.

jektiven auch noch einen subjektiven Wert haben, der individuell sehr unterschiedlich sein kann. Vor allem aber enthält im Grunde jeder Verteilungskonflikt auch noch vielfältige weitere Konfliktkomponenten, die einer konsensualen Lösung vergleichsweise einfach zugänglich sind.

Dass es nicht nur darum geht, wer welchen Gegenstand erhält, zeigt sich in Erbstreitigkeiten regelmäßig beim Kampf um objektiv wie subjektiv wertlose Kleinigkeiten. Erben erheben darauf regelmäßig Anspruch, nicht weil sie diese Gegenstände unbedingt haben wollten, sondern weil sie ihrer Kontrahentin Steine in den Weg legen möchten. Hinter diesem Vorgehen steckt allerdings regelmäßig der Wunsch, vom jeweiligen Gegenüber ernstgenommen und fair behandelt zu werden. Geht dieser Wunsch in Erfüllung, wird der Streit über den Kleinkram plötzlich völlig unwichtig.

2.2.2 Zielkonflikte

Regelmäßig geht es in Erbstreitigkeiten nicht bzw. nicht nur darum, Vermögen zu verteilen, sondern die Beteiligten müssen auch gemeinsame Entscheidungen treffen. Insbesondere in Fällen der **Unternehmensnachfolge** geht es darum, das durch den Tod der Erblasserin entstandene Vakuum zeitnah auszufüllen und die Weichen für die Zukunft des Familienunternehmens zu stellen. Dabei sind nicht nur kurzfristige Entscheidungen im Zuge der Nachlassverwaltung zu treffen. Vielmehr steht häufig zur Debatte, dass sich mehrere Erben auf lange Zeit am Management beteiligen; jedenfalls dann geht es durchaus auch um sehr grundlegende unternehmerische Entscheidungen und hier meist auch um eine Neuausrichtung des Geschäftsmodells.

In solchen Konstellationen verfolgen die Miterben regelmäßig ganz unterschiedliche Ziele. Manchen geht es vorrangig um kurz- oder langfristige Gewinnmaximierung, anderen um Stabilität und Mitarbeiterzufriedenheit, wieder anderen um große eigene Gestaltungsmöglichkeiten, und wiederum andere mögen ein besonderes Augenmerk darauf legen, dass das Unternehmen gemeinwohldienlich wirtschaftet. Diese miteinander konfligierenden Ziele liegen regelmäßig nicht offen zu Tage, weil die Beteiligten eher aus einer Intuition denn aus einer Reflektion heraus handeln. Eine bewusste Synopse dieser Ziele zeigt regelmäßig verblüffende Übereinstimmungen. Das betrifft insbesondere den Umstand, dass in den meisten Fällen sämtliche Beteiligten auf Nachfrage versichern, den Willen der Erblasserin umsetzen zu wollen. Manch andere Ziele werden freilich konträr verlaufen, allein ihre Transparenz kann jedoch deeskalierend wirken.

2.2.3 *Strategie- und Prognosekonflikte*

Herrscht unter den Parteien mit Blick auf einzelne Ziele Einigkeit, entzündet sich Streit doch häufig an der Frage, auf welchem Weg sich das gemeinsam ins Auge gefasste Ziel erreichen lässt.²¹ So sind die Miterben einer Familienfirma meist alle an einer prosperierenden Zukunft des Unternehmens interessiert. Ob hierfür allerdings in neue Technologien investiert, in andere Länder expandiert oder schlicht der Status quo bewahrt werden sollte, mögen die Beteiligten vehement unterschiedlich beurteilen.

In einem von den Autoren betreuten Mediationsverfahren waren zwei Erben uneins darüber, in welchem Umfang sie das regionale Mäzenatentum ihrer Mutter in einer strukturschwachen ostdeutschen Region weiterführen sollten. Beide stimmten völlig darin überein, dass ein Teil des Erbes in soziale und jungunternehmerische Projekte fließen sollte. Einer von ihnen hatte allerdings erhebliche Befürchtungen, dass die geförderten Firmen mit dem Geld nur Geschäftsmodelle betreiben würden, die sich auch mittel- und langfristig nie selbst würden tragen können. Allein die Transparenz über diese unterschiedlichen Prognosen ermöglichte es, gemeinsam darüber nachzudenken, wie sich denkbare soziale Investitionen nachhaltig gestalten lassen könnten.

2.2.4 *Kompetenzkonflikte, Rangkonflikte und Machtproben*

Zuweilen erfahren Strategiekonflikte eine Zuspitzung, indem sie von den Beteiligten personalisiert werden. Welche Strategie mit Blick auf ein gegebenes Ziel den meisten Erfolg verspricht, erscheint dann nicht mehr als eine Sachfrage, sondern als eine Frage von Können oder Unfähigkeit, von Sie oder Er, von Macht oder Ohnmacht. Der Konflikt verlagert sich damit auf die Spezifikation, Interpretation und Anwendung einer Regel über die **Entscheidungshoheit**. Naturgemäß gibt das Anlass zu weiterem Streit, weil sich häufig nicht sicher beurteilen lässt, wer die satzungsgemäße oder fachliche Kompetenz hat und wessen Rückhalt unter den betrieblichen Mitarbeitern so stark ist, dass juristische Kompetenzregelungen nachrangig erscheinen.

Damit klingt schon an, dass Kompetenzkonflikte, Rangkonflikte und Machtproben besonders oft im Bereich der Unternehmensnachfolge anzutreffen sind. Sie finden sich aber gleichermaßen – womöglich eine Spur subtiler – in klassischen Vermögensnachfolgefällen. Dort kann sich etwa alles um die Frage drehen, wer den Willen der Erblasserin am besten beurteilen kann und wer bei ihr zu ihren Lebzeiten

²¹ Ausführlich Duve et al. (2019), S. 28 f.

in der höchsten Gunst stand. Nicht selten hängen sich solche Probleme an Entscheidungen auf, die Außenstehenden geradezu nichtig erscheinen. Ein häufiger Fall ist etwa die Frage nach der Kompetenz für die **Totenfürsorge**. Das eingangs geschilderte Beispiel der Unstimmigkeiten am Totenbett des früheren Bundeskanzlers Helmut Kohl gibt davon beredtes Zeugnis.²²

2.2.5 Beziehungskonflikte

Gerade bei Erbstreitigkeiten liegt auf der Hand, dass Konflikte neben den bereits angesprochenen Komponenten in aller Regel auch noch eine Beziehungsebene haben.²³ Jedenfalls bei miteinander verwandten Beteiligten gibt es eine gemeinsame Familiengeschichte mit einer Vielzahl von gemeinsamen Erlebnissen, positiven Eindrücken, aber regelmäßig auch erheblichen Enttäuschungen. Indirekt sitzt dann häufig eine weit verzweigte Großfamilie mit am Verhandlungstisch, denn die unmittelbar Streitbeteiligten bringen Erwartungen Dritter mit in die Verhandlung und reflektieren den Fortgang des Konflikts nach jeder Etappe ausführlich im Kreise enger Angehöriger und Freunde.

Die einvernehmliche Konfliktlösung wird durch solche Beziehungsaspekte erheblich erschwert. Denn zum einen sind Beziehungen häufig mit starken Wertungen bzw. Abwertungen verbunden und lösen Emotionen aus, die der Streitbeilegung zumindest vorübergehend im Weg stehen können. Zum anderen kann eine Konfliktlösung hier regelmäßig nicht gelingen, solange die Beteiligten nicht durchschaut haben, welche subtilen Gefühle die Parteien bewegen und welche Bedürfnisse befriedigt werden müssen, um echte Einigungsbereitschaft zu ermöglichen.

Bei all dem sollte man Emotionen aber nicht per se als etwas Negatives oder Hinderliches begreifen. Sie sind gewissermaßen auch stets ein Spiegel der Seele und geben Gefühlen Ausdruck, die sonst im Verborgenen bleiben würden. Gemeinsam Emotionen zu erleben, ohne sie ausdrücklich oder konkludent zu stigmatisieren, kann alle Beteiligten enorm befreien und bildet in der Praxis regelmäßig den Ausgangspunkt einer authentisch konsensorientierten Verhandlung.

²² Siehe oben Abschn. 1.3.1.3.

²³ Grundlegend Fisher et al. (2011) unter II. 2.; siehe auch Duve et al. (2019), S. 30 ff. – Hoffmann-Riem (1997) S. 192, spricht von „Sozialkonflikten“.

2.2.6 *Principal-Agent-Konflikte*

Neben diesen primären Prägungen von Erbstreitigkeiten eröffnet sich regelmäßig noch eine grundlegend andere Konfliktdimension, wenn die Parteien Vertreter mit an den Verhandlungstisch bringen, die dann fast zwangsläufig divergierende Eigeninteressen in die Auseinandersetzung mit einführen. Es gelten dann die Gesetze der **ökonomischen Principal-Agent-Theorie**: Wenn es im Vorfeld gelingt, die Interessen der Prinzipale und ihrer Agenten durch bewusste Anreizgestaltung einigermaßen auf Linie zu bringen, kann sich die Einschaltung von Vertretern durchaus lohnen; misslingt dies, ist ihre Beteiligung aber womöglich kontraproduktiv.

Namentlich die Einbeziehung von **Rechtsanwälten** in erbrechtliche Konflikte sorgt nicht nur für mehr prozessuale Professionalität, sondern regelmäßig auch dafür, dass der Fokus zu früh in Richtung einer hochpolarisierten und womöglich vor Gericht geführten Auseinandersetzung schwenkt. Die Parteien sind sich dieser Dynamik nicht unbedingt bewusst. Es liegt im Wesentlichen am Berufs- und Rollenverständnis ihrer anwaltlichen Begleiter, inwieweit sie ihre Eigeninteressen dem Bedürfnis ihrer Mandanten nach einer nachhaltig zufriedenstellenden Konfliktlösung unterordnen.

2.3 Mitglieder des „Systems Erbrechtskonflikt“

Wer wirkt daran mit, die Konflikte der dargestellten Typen auszulösen, zu verschärfen und aufzulösen? Man kann Erbstreitigkeiten als ein System begreifen, bei dem viele kleine und große Räder ineinandergreifen und durch ihr Zusammenwirken dafür sorgen, dass Konflikte in der einen oder anderen Art behandelt werden. Wer sich um eine gütliche Streitbeilegung bemüht, tut daher gut daran, sich zu vergewissern, wer im Konzert der Beteiligten welches Instrument spielt.

2.3.1 *Erblasser*

Im Mittelpunkt erbrechtlicher Gestaltungskonflikte steht naturgemäß der Erblasser. Gerade wenn die Nachfolgeplanung frühzeitig begonnen wird, geht die Initiative meist von ihm aus. Am Erblasser liegt es zudem, auf welchen Pfaden die Nachfolgeplanung erfolgt. Im Idealfall legt der Erblasser den Grundstein für eine Nachfolgeplanung, die man bildlich als **Nachfolgepyramide** beschreiben könnte. Die Erfahrung zeigt, dass in denjenigen Fällen, in denen der Erblasser als **Herr des Verfahrens** mit der Nachfolgeplanung rechtzeitig beginnt, diese systematisch betreibt und situationsabhängig kompetente Beraterinnen hinzuzieht, die wesentlichen Schritte zu einer erfolgreichen Nachfolgeplanung bereits gemacht sind.

Im Falle der gemeinsamen Gestaltung der Nachfolge tritt neben das befriedende Element auf der Sachebene und die Stärkung der persönlichen Beziehungen auf der persönlichen Ebene ein weiterer Punkt. Wird eine (Gestaltungs-)Mediation erfolgreich durchgeführt, treten bei den Medianden nachhaltige deutliche **Erkenntnis- und Kompetenzgewinne** ein.²⁴ Diese können, gemeinsam mit dem etablierten Mediationspfad, zur Vermeidung oder Lösung späterer Konflikte reaktiviert werden.

Die Rolle des Erblassers im Rahmen der erbrechtlichen Gestaltung liegt auf der Hand. Aber auch hinsichtlich der erbrechtlichen **Konfliktlösung post mortem** kommt dem Erblasser eine zeitlich vorverlagerte, entscheidende Rolle zu. Die Gründe, die für eine rechtzeitige, systematische und kompetent begleitete Nachfolgeplanung zu Lebzeiten sprechen, beanspruchen auch für die Konfliktvermeidung und Konfliktlösung nach dem Tod des Erblassers Geltung. Viel spricht dafür, dass Grad und Intensität postmortaler Konflikte maßgeblich davon abhängen, bis zu welcher Stufe der Erblasser auf der **Nachfolgepyramide** emporgeklommen ist, d. h. wie weit in die Zukunft der Erblasser bereits geblickt hat.

2.3.2 *Parteien erbrechtlicher Konflikte*

Neben dem Erblasser nehmen natürlich auch die Erben, die Pflichtteilsberechtigten, die sonstigen Bedachten und auch die Nicht-Bedachten eine **zentrale Rolle** für den Konfliktverlauf ein. Sie alle stehen zu Lebzeiten des Erblassers häufig vor der Frage, ob und wie sie das Gespräch mit ihm suchen bzw. eröffnen sollen. Von ihrem Verhalten hängt maßgeblich ab, ob es zu Konflikten unter ihnen oder mit dem Erblasser kommt und welchen Verlauf diese Konflikte nehmen. Wichtig ist hier vor allem der frühzeitige und präventive **Aufbau von Konfliktkompetenz**. Die frühzeitige persönliche und fachliche Vorbereitung auf schwierige Situationen kann beim späteren Auftreten von Streitigkeiten sehr befriedend wirken. Ähnlich wichtig ist die rechtzeitige Einbindung kompetenter Berater.

Nach dem Eintritt des Erbfallbes kommt den bereits getroffenen wie den noch zu treffenden Weichenstellungen der Erbbeteiligten große Bedeutung zu. Bedeutsam ist insbesondere, ob die Erbbeteiligten die **Verantwortung** für das Verfahren und etwaige Konflikte annehmen oder Verfahrens- und damit häufig auch Ergebnis-kompetenz weitgehend an unbeteiligte Dritte **delegieren**.

2.3.3 *Rechtsanwälte*

Wenn die Erbbeteiligten den Weg einer Konfliktdelegation wählen, sind Anwältinnen und Anwälte in der Regel die erste Adresse. Werden sie einbezogen, ist es stark abhängig von ihrem **Beratungsstil**, in welche Richtung der Konflikt nunmehr

²⁴Baumann (2004), S. 111; Montada (2015), S. 18.

steuert. Im Idealfall ist der Einfluss der beteiligten Rechtsanwälte durchweg konstruktiv. Dazu kommt es vor allem dann, wenn sich die Anwälte inhaltlich mit den **echten Interessen** ihrer Mandantschaft auseinandersetzen und mit den Erbbeteiligten ergebnisoffen verschiedene Strategien zur bestmöglichen Befriedigung dieser Interessen erörtern. Anwaltliche Eigeninteressen und insbesondere Honorarinteressen sollten dabei natürlich keine Rolle spielen.

Ebenso wie den perfekten Erblasser oder Erbbeteiligten gibt es auch den perfekten Rechtsanwalt nicht. Jeder hat seine individuellen Stärken und Schwächen, Vorlieben und persönlichen Interessen. Vor allem aber gibt es eine in der Anwaltschaft verbreitete **Gewohnheit**, den Beratungsblick unter Ausblendung der Mandanteninteressen ohne weitere Reflektion auf die Rechtslage zu verengen und womöglich sogar Rechtsdurchsetzungs- und Kostenrisiken unerwähnt zu lassen. In diesem Fall fährt der Konflikt trotz professioneller Hilfe auf Autopilot²⁵ und steuert damit fast unweigerlich auf eine weitere Eskalation zu.

2.3.4 Testamentsvollstrecker

Die Entscheidung über die Einsetzung einer Testamentsvollstreckerin und vor allem deren Auswahl im konkreten Fall kann einen erheblichen **Einfluss auf Quantität und Qualität** von Konflikten haben. Ohne die denkbaren Gründe für und gegen die Einsetzung einer Testamentsvollstreckerin hier abschließend aufzuführen, lässt sich generell sagen, dass Erblasser gut daran tun, großen Wert auf die **Konfliktkompetenz** der konkret ausgewählten Person zu legen.

Auch wenn hierzu keine belastbaren Daten vorliegen, scheinen Testamentsvollstrecker sich bisher kaum externer **Dritter** zur Konfliktbearbeitung zu bedienen. Dies verwundert zunächst, da Testamentsvollstrecker in aller Regel auch ein hohes Eigeninteresse an der Konfliktminimierung und Deeskalation haben sollten. Gleichzeitig gehören intensive Konflikte zum Tagesgeschäft. Die Testamentsvollstrecker stehen dabei entweder zwischen den Parteien oder stellen das gemeinsame – oft verbindende – Feindbild dar. Dennoch haben viele Gespräche der Autoren bestätigt, dass Testamentsvollstrecker die Einbindung von **Mediatoren bisher kaum in Erwägung ziehen**.

2.3.5 Externe Berater

In vielen Fällen gibt es schließlich eine Reihe externer hochprofessioneller Beraterinnen und Berater, die mit dem Erblasser und den Erbbeteiligten in engem Kontakt stehen. Das können beispielsweise professionelle Berater von Familien-

²⁵ Siehe dazu bereits oben Abschn. 1.1.5.

unternehmen, Steuerberater oder auch Finanzberater sein. Gerade Banker aus dem vermögensaffinen Bereich des **Private Banking** haben oft einen langjährigen und tiefen Einblick in die wirtschaftlichen Belange von Erblassern und Erbbeteiligten, aber auch in deren persönliche Verhältnisse. Während im normalen Filialgeschäft (Retail Banking) langjährige und intensive Kundenbeziehungen inzwischen weniger häufig vorkommen, setzt das Geschäftsmodell des Private Banking stark auf den persönlichen Faktor. Aus diesem Ansatz entwickelt sich in vielen Fällen über die Jahre auch ein hoher Grad persönlichen **Vertrauens**.

Orientieren sich die externen Berater an den **existenziellen Interessen** ihrer Klienten, müssen sie eigentlich zwangsläufig die Nachfolgeplanung mitbetrachten. Eine intensive Nachfolgeplanung und ein guter Kontakt zu den Erbbeteiligten steht dabei häufig sogar im **Eigeninteresse der Berater**, denn auf diesem Weg lassen sich Geschäftsbeziehungen über den Erbfall hinaus erhalten und festigen. Gerade das gemeinsame Gestalten einer Sondersituation und das Bestehen womöglich folgender Krisen kann die Bindung – auch zur nächsten Generation – deutlich stärken.

Kluge Berater werden also frühzeitig auf eine erfolgreiche Nachfolgeplanung hinwirken und entsprechende Unterstützung liefern. Aufgrund ihrer oft intimen Kenntnis des Zahlenwerks können sie häufig sogar **neu aufziehende Konflikte** frühzeitig erkennen. Die Kommunikation mit den Verantwortlichen ist freilich meist nicht einfach, denn die im Beratungsumfeld hochgehaltene Diskretion verbietet eine allzu forsche Initiative. Zugleich drängt eine konsequente Ausrichtung der Beratung an den Interessen der Klienten zu aktivem Handeln. Die Erfahrung zeigt, dass sich ein behutsames, unaufgeregtes Vorgehen langfristig auch für Berater auszahlt. Auch auf den ersten Blick unangenehme Themen gehören zur umfassenden Beratung dazu werden von einer anspruchsvollen Klientin vielleicht sogar erwartet.

2.3.6 *Notare*

In bestimmten Fällen kann es nach § 363 FamFG auch in den Aufgabenbereich der Notarinnen und Notare fallen, die Auseinandersetzung eines Nachlasses zwischen den Beteiligten zu vermitteln. Das empfiehlt sich insbesondere dort, wo die Erbfolge durch ein notarielles Testament oder einen Erbvertrag geregelt wird. Notare nehmen hier eine mediatorenähnliche Rolle ein, ohne dass ihnen selbst ein Recht zustünde, ähnlich einem Gericht über die Verteilung des Nachlasses zu entscheiden. Wer einen Antrag auf Vermittlung stellt, sollte dafür tendenziell nicht diejenige Notarin auswählen, die das Testament oder den Erbvertrag beurkundet hat, weil diese im Fall von Unsicherheiten bei der Auslegung des Testaments ein Eigeninteresse daran hat, einem gegen sie gerichteten Haftungsanspruch zu entgehen.²⁶

²⁶Details dazu finden sich bei Beisel (2016), § 32 Rn. 17 ff.

2.3.7 Güterichter

Gelangt eine Erbstreitigkeit vor ein Gericht, können schließlich auch Güterichterinnen und Güterichter eine mediatorenähnliche Rolle einnehmen. Das Güterichterverfahren ist eine eigene Spur des Zivilverfahrens, in die sich die Beteiligten aus dem klassischen Streitverfahren nach § 278 Abs. 5 ZPO verweisen lassen können. Güterichter treten zu einem vergleichsweise späten Zeitpunkt zum Konflikt hinzu und erleben die Streitigkeiten insofern meist auf einem recht hohen Eskalationsgrad. Für eine umfassende Konfliktbearbeitung bräuchten sie daher idealerweise viel Zeit, die ihnen allerdings in der Regel nicht zur Verfügung steht, weil sie im Unterschied zu (fast) allen anderen Beraterinnen und Beratern nicht stunden- oder tageweise vergütet werden und insofern selten mehr als einen knappen Tag in die Streitbeilegung investieren können.²⁷

Literatur

- Baumann A (2004) Mediation und Unternehmensnachfolge: Einsatzmöglichkeiten und Vorteile. ZEV 2004:108–112
- Beisel D (2016) Mediation im Erbrecht. In: Haft F, Schlieffen K (Hrsg) Handbuch Mediation, 3. Aufl. C. H. Beck, München
- Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (2018) Erben und Vererben. Berlin
- Duve C, Eidenmüller H, Hacke A, Fries M (2019) Mediation in der Wirtschaft, 3. Aufl. Dr. Otto Schmidt, Köln
- Fisher R, Ury W, Patton B (2011) Getting to Yes: Negotiating an Agreement Without Giving In, 3. Aufl. Penguin, New York
- Fries M (2016) Nachlassende Testierfähigkeit – Zum rechtlichen Umgang mit einem schwindenden letzten Willen. AcP 216:421–458
- Hoffmann-Riem W (1997) Konfliktbewältigung in einer angebotsorientierten Rechtsschutzordnung. ZRP 1997:190–198
- Institut für Demoskopie Allensbach (2018) Erben und Vererben: Erfahrungen, Erwartungen und Pläne. Allensbach
- Kössinger R, Zintl J (2020) § 6 Grundzüge des Erbschaftsteuerrechts und steuerlich zweckmäßiger Gestaltungsmöglichkeiten. In: Kössinger R, Kössinger W, Najdecki DW, Zintl J (Hrsg) Handbuch der Testamentsgestaltung, 6. Aufl. C. H. Beck, München
- Kössinger W (2020) § 5 Grundzüge des internationalen Erbrechts. In: Kössinger R, Kössinger W, Najdecki DW, Zintl J (Hrsg) Handbuch der Testamentsgestaltung, 6. Aufl. C. H. Beck, München
- Kössinger W, Najdecki DW (2020) § 23 Die Auslegung von Verfügungen von Todes wegen. In: Kössinger R, Kössinger W, Najdecki DW, Zintl J (Hrsg) Handbuch der Testamentsgestaltung, 6. Aufl. C. H. Beck, München
- Montada L (2004) Nachhaltige Beilegung von Familienkonflikten durch Mediation. FPR 2004:182–187
- Montada L (2015) Konflikt, Mediation und Psychologie. SchHA 2015:14–19
- Simon U, Buschbaum M (2012) Die neue EU-Erbrechtsverordnung. NJW 2012:2393–2398

²⁷Ausführlich dazu unten in Abschn. 3.1.3.

- Tolksdorf G (2022) § 2227 Entlassung des Testamentsvollstreckers. In: BeckOGK BGB, Stand 1. März 2022. C. H. Beck, München
- Zimmermann W (2022) § 2227 Entlassung des Testamentsvollstreckers. In: MünchKommBGB, 9. Aufl. C. H. Beck, München

Open Access Dieses Kapitel wird unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz (<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>) veröffentlicht, welche die Nutzung, Vervielfältigung, Bearbeitung, Verbreitung und Wiedergabe in jeglichem Medium und Format erlaubt, sofern Sie den/die ursprünglichen Autor(en) und die Quelle ordnungsgemäß nennen, einen Link zur Creative Commons Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen vorgenommen wurden.

Die in diesem Kapitel enthaltenen Bilder und sonstiges Drittmaterial unterliegen ebenfalls der genannten Creative Commons Lizenz, sofern sich aus der Abbildungslegende nichts anderes ergibt. Sofern das betreffende Material nicht unter der genannten Creative Commons Lizenz steht und die betreffende Handlung nicht nach gesetzlichen Vorschriften erlaubt ist, ist für die oben aufgeführten Weiterverwendungen des Materials die Einwilligung des jeweiligen Rechteinhabers einzuholen.





Was eine Mediation ist, erfährt man seit 2012 aus dem **Mediationsgesetz**. Die dortige Definition ist allerdings selbstreferenziell und damit wenig geglückt. Verkürzt gesagt definiert zunächst § 1 Abs. 1 MediationsG die Mediation als ein Verfahren unter Leitung eines Mediators, bevor man aus § 1 Abs. 2 MediationsG erfährt, dass ein Mediator der Leiter eines Mediationsverfahrens sei.

Das deutsche Mediationsgesetz dient der Umsetzung der europäischen Mediationsrichtlinie, mit der die Europäische Union den Mitgliedstaaten 2008 auferlegte, einen bestimmten Rechtsrahmen für die Mediation bereitzuhalten. Freilich gab es durchaus renommierte Stimmen, die das deutsche Recht auch ohne ein spezielles Mediationsgesetz für richtlinienkompatibel hielten.¹ Dementsprechend enthält das Mediationsgesetz keine grundstürzenden Neuerungen, sondern im Wesentlichen Klarstellungen und Transparenzregeln ohne Sanktionscharakter.

Wie lässt sich der Begriff schärfer konturieren? Eine Mediation ist im Kern nichts Anderes als eine **drittunterstützte Verhandlung**.² Wo es zwei Konfliktparteien nicht gelingt, auf bilateralem Wege konstruktiv miteinander zu sprechen, kann ein Mediator zwischen ihnen vermitteln. Er tut dies im Wesentlichen mit zwei Werkzeugen: Einerseits fungiert er als Kommunikationsbrücke zwischen den Parteien, indem er Aussagen einer Seite so reformuliert, dass die andere Seite sie nicht nur akustisch wahrnehmen kann, sondern auch bereit ist, sich damit auseinanderzusetzen. Zum anderen strukturiert er die Verhandlung und bringt die Parteien vor-

¹ Duve (2008), S. 605; Risse und Bach (2011) S. 16.

² Duve et al. (2019), S. 67.

nehmlich mit Hilfe bewusst eingesetzter Fragen dazu, dass sie sich jeweils zu denjenigen Themen äußern, um die es gerade geht.³

Die Mediation ist dabei nur einer von vielen konsensorientierten Streitbeilegungsmechanismen. In den vergangenen Jahrzehnten hat sich das Instrumentarium der alternativen Konfliktlösung immer weiter **ausdifferenziert**. Wer Mediation in der Praxis anwenden möchte, tut gut daran, sich einen Überblick zu verschaffen, welche ähnlichen Methoden es gibt und wie diese sich von einer Mediation unterscheiden.

3.1 Mediation im Kanon der Konfliktlösungsmechanismen

Die neuere Geschichte der alternativen Streitbeilegung ist geprägt von Entwicklungen in den USA, die in Deutschland mit ungefähr zwei Jahrzehnten Verzögerung rezipiert und integriert werden. Der zeitliche **Vorsprung im US-amerikanischen Rechtssystem** hängt vor allem mit der vergleichsweise großen Effektivität der deutschen Justiz und mit den innovationsfreundlicheren Rahmenbedingungen in Amerika zusammen.

3.1.1 Jüngere Geschichte der alternativen Streitbeilegung

Auslöser der neueren ADR-Bewegung in den USA – ADR steht für *alternative dispute resolution* – war die berühmten **Pound Conference** in St. Paul (Minnesota) im Jahr 1976. Seinerzeit gab es in den USA eine wachsende Unzufriedenheit mit den Nachteilen klassischer Gerichtsverfahren. Durchgreifende Reformen der staatlichen Gerichte schienen unrealistisch. Vor diesem Hintergrund schlug der Harvard-Professor *Frank Sander* in einer vielbeachteten Rede vor, konsens geeignete Konflikte bereits vor der klassischen Gerichtstüre abzufangen und einem passenden Mechanismus zur einvernehmlichen Streitbeilegung zuzuführen.⁴

Wenn es eine Figur gibt, die sich um den Aufstieg der Mediation zu einer echten Alternative zum Gerichtsverfahren verdient gemacht hat, ist dies *Frank Sander*. Geboren 1927 in Stuttgart floh seine Familie nach eine Gefangennahme seines Vaters kurz vor Ausbruch des Zweiten Weltkriegs über England in die USA. Nach Studien in den Fächern Mathematik und Steuerrecht konzentrierte er sich bald auf Fragen des Familien- und Verfahrensrechts. 1962 wurde er zum Professor an der Harvard Law School

³Siehe unten Abschn. 3.2.

⁴Sander (1976), S. 131.

ernannt. Berühmt wurde er mit seinem Beitrag zur *Pound Conference* über Alternativen zur staatlichen Ziviljustiz.⁵ Sander starb im Februar 2018 im Alter von 90 Jahren.

Hinter diesem Vorschlag stand die damals neue und tatsächlich auch heute noch nicht selbstverständliche Einsicht, dass es in der Regel **kontraproduktiv** ist, einen Konflikt erst in einem auf Gegensätze ausgerichteten System zuzuspitzen und dann Einigungschancen auszuloten.⁶ Weil das Recht als abstrakter Entscheidungsmaßstab stets mehr oder minder pauschal und einzelfallungerecht ist, ist es bei der üblicherweise durch Schriftsätze ausgetragenen Vorbereitung eines Rechtsstreits notwendig, den Sachverhalt auf rechtlich erhebliche Punkte zu verengen und rechtlich irrelevante Sachverhaltsdetails wegzulassen. Dabei fallen wichtige Bedürfnisse der Parteien fast zwangsläufig unter den Tisch. So ist vor Gericht im Grundsatz ohne Belang, ob sich jemand Anerkennung für die Pflege der Erblasserin wünscht und inwieweit eine gemeinsame Kommunikationsbasis der Parteien für die Zukunft hilfreich wäre. Das Recht braucht diese Vereinfachung und Verkürzung der Lebenswirklichkeit, um praktisch handhabbar zu bleiben. Die Parteien brauchen dies aber erst und nur dann, wenn sie sorgfältig beleuchtet haben, ob es für sie tatsächlich keinen besseren Weg gibt.

Nach dem Vorgesagten gilt die Faustregel: **Konsens first!** Ansprüche formulieren und durchsetzen sollte man erst, wenn eine Einigung auch bei gutem Willen und einfühlsamer Kommunikation außer Reichweite erscheint. Denn: Zum einen schon eine einvernehmliche Streitbeilegung in aller Regel wichtige Ressourcen wie Zeit, Geld und Emotionen.⁷ Zum anderen ist das verspätete Umschwenken in Richtung Einigung ungleich schwieriger, wenn die Fronten erst einmal professionell nachverhärtert wurden und die Parteien im Bild der *Glasl*'schen Eskalationstreppe⁸ ggf. mit anwaltlicher Unterstützung erst noch einmal mehrere Stufen abwärts gegangen sind. Der Vorschlag von *Sander* ging seinerzeit in Richtung eines *multi-door courthouse*, eines Gerichts mit mehreren Türen, dessen Concierge die Parteien nicht automatisch ins Richterzimmer schickt, sondern sie abhängig vom vorgelegten Sachverhalt womöglich zunächst zu einem Mediator oder Schlichter schickt.⁹ Genau genommen erfolgt auch diese Verfahrensallokation allerdings zu spät, denn zumindest in anwaltlich betreuten Verfahren ist der Sachverhalt an der Schwelle

⁵Zu Sanders 85. Geburtstag erschien 2012 eine lesenswerte Sonderausgabe des *Dispute Resolution Magazine*, online abrufbar unter <http://franksander.com/wp-content/uploads/2018/08/Alternative-dispute-resolution-frank-sander.pdf>.

⁶Fries et al. (2018), S. 55.

⁷Dazu noch unten Abschn. 4.1.2.

⁸Glasl (2017), S. 235 ff.

⁹Grundlegend Sander (1976), S. 131; ausführlich Birner (2003), passim.

3.1.2.1 Schiedsverfahren: Der neutrale Dritte entscheidet

Dem staatlichen Gerichtsverfahren am ähnlichsten ist das Schiedsverfahren. Schiedsverfahren sind nichts anderes als **private Gerichtsverfahren**. Die Parteien einigen sich darauf, ihren Rechtsstreit nicht von einem staatlichen, sondern von einem privat gewählten Richter entscheiden zu lassen. Der oder die Schiedsrichter können Juristen sein, sie können aber auch einen ganz anderen Beruf ausüben, der vielleicht näher an der Konfliktmaterie ist. Entscheidungen eines Schiedsgerichts sind in der Regel endgültig; sie lassen sich nur in eng umgrenzten Ausnahmefällen noch von staatlichen Gerichten aufheben. Was *prima facie* nach einer modernen, vielleicht sogar justizkritischen Verfahrensform klingt, blickt auf eine lange Tradition zurück: Die Geschichte der Schiedsgerichtsbarkeit reicht Jahrhunderte zurück, und schon die Civilprozeßordnung von 1879 enthielt Regeln über das Schiedsverfahren.

Man entscheidet sich für ein Schiedsverfahren nicht unbedingt, weil es schneller ginge oder günstiger wäre als die staatliche Justiz. Es geht vielmehr hauptsächlich darum, dass die Parteien die Person ihres Richters nicht dem Zufall überlassen wollen. Dieser Zufall ist in Deutschland im Grundgesetz verbürgt: Das **Prinzip des gesetzlichen Richters** nach Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG sichert die richterliche Unabhängigkeit, indem der Fall aus mehreren in Betracht kommenden Richtern per vorab festgelegter Geschäftsverteilung einem Richter zugewiesen wird. Dieses Plus an Unabhängigkeit erkaufte das deutsche Justizverwaltungsrecht durch ein Minus an richterlicher Spezialisierung. Wo Parteien aber darauf nicht verzichten wollen, liegt die Wahl eines privaten Gerichts nahe. Das gilt jedenfalls dort, wo sich die Parteien bewusst auf ein Schiedsverfahren verständigen. Vor allem im Bereich von Unternehmenstransaktionen ist es nicht selten nur eine unüberlegte Usance, ja geradezu ein *Pawlow'scher* Instinkt, der den Parteien sagt, dass ans Ende des Vertrags eine Schiedsklausel gehört.

Ihren größten **Anwendungsbereich** haben Schiedsverfahren im internationalen Wirtschaftsrecht. Neben die genannten Beweggründe für die Mandatierung privater Richter tritt hier der Umstand, dass die für einen kompetenten Streitentscheid notwendige Expertise in ausländischen Rechtsordnungen häufig nur bei Anwälten aus internationalen Großsozietäten anzutreffen ist.¹³ Eine spezielle Form des Schiedsverfahrens hat sich bei Streitigkeiten aus Investitionsschutzabkommen etabliert.¹⁴ Im **Erbrecht** fristet das Schiedsverfahren demgegenüber ein Schattendasein. Es gibt zwar seit vielen Jahren mit der *Deutschen Schiedsgerichtsbarkeit für*

¹³Gerichte würden in Fällen mit Bezügen zu ausländischen Sachrechten das notwendige Wissen durch die Beauftragung von Gutachtern beziehen.

¹⁴Diese Streitigkeiten werden vom International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), einer Einheit der Weltbank administriert. Weiterführend Dugan, Wallace, Rubins und Sabahi (2019) m. w. N.

Erbstreitigkeiten e.V. eine Institution, die die private Gerichtsbarkeit in Erbschaftskonflikten fördert.¹⁵ Die Anzahl der Praxisfälle ist allerdings nach wie vor gering. Das liegt nicht zuletzt daran, dass die Rechtsprechung Schiedsklauseln in Verfügungen von Todes wegen regelmäßig invalidiert hat und dass Schiedsverfahren, die die Parteien erst nach Konfliktentstehung freiwillig vereinbaren (sog. *ad-hoc*-Schiedsverfahren) nur selten zustande kommen.

3.1.2.2 Schlichtung: Der neutrale Dritte äußert einen Vorschlag

Schon deutlich zurückhaltender als in einem Schiedsverfahren ist die Rolle des neutralen Dritten in einer Schlichtung ausgestaltet. Denn im Unterschied zum Schiedsspruch ist der Spruch eines Schlichters eine **bloße Empfehlung**. Die Parteien sind frei darin, ihr zu folgen oder beliebige andere Wege zu gehen. Während ein Schiedsverfahren in der Regel sehr prozessähnlich ausgestaltet ist, verläuft ein Schlichtungsverfahren in der Regel weit weniger formalisiert. Wenn es überhaupt eine Verfahrensordnung gibt, gewährt diese den Beteiligten zumeist viele Freiheiten. Auch die Vorgaben für den Schlichterspruch sind häufig weit gefasst: Während ein Schiedsrichter bei seiner Entscheidungsfindung gemäß § 1051 Abs. 3 ZPO nur im Ausnahmefall vom geltenden Recht abgeht, nutzen Schlichter häufig ein weites Ermessen und artikulieren letztlich einen Vorschlag, der ihnen ganz subjektiv angemessen erscheint.

Der weite Ermessensspielraum eines Schlichters öffnet das Verfahren für beliebige Lösungsmaßstäbe außerhalb des geltenden Rechts. Eine Schlichterin kann ihrer Empfehlung etwa die Interessen der Parteien zugrunde legen, ebenso kann sie einfach die Mitte zwischen den geäußerten Positionen suchen oder überlegen, welcher Vorschlag die höchste Zustimmungswahrscheinlichkeit haben könnte. Im Unterschied zum Schiedsverfahren handeln Schlichter allerdings regelmäßig ohne eine klar definierte Marschroute auf Basis eines sehr individuellen Ermessens. *A priori* erscheint das unproblematisch, weil die Parteien ja nicht verpflichtet sind, dem Schlichterspruch zu folgen. Gleichwohl entfaltet die Empfehlung einer Schlichterin nicht selten eine **faktische Bindungswirkung**, weil der womöglich übervorteilten Partei die Ressourcen fehlen, um den Konflikt in einem anderen Verfahren zu einem anderen Ausgang zu bringen.¹⁶ Deswegen ist die Transparenz darüber, auf welcher Grundlage eine Schlichterin entscheidet, aus Sicht der Verfahrensnutzer von großer Bedeutung.¹⁷

In der Praxis spielt die Schlichtung vor allem im Bereich einzelner öffentlicher Großprojekte und im Bereich der Durchsetzung geringwertiger Forderungen eine Rolle. Reichlich Beachtung haben etwa die Schlichtungsgespräche unter Leitung des inzwischen verstorbenen *Heiner Geißler* um das Bahnhofprojekt *Stuttgart 21*

¹⁵Weitere Informationen finden sich auf der Webseite der DSE unter <http://www.dse-erbrecht.de>.

¹⁶Eidenmüller und Engel (2013), S. 1707, 1710.

¹⁷Fries (2016), S. 230 ff.

gefunden. In größerer Zahl finden Schlichtungsverfahren bei bestimmten geringwertigen Streitigkeiten statt. Etabliert ist die Schlichtung etwa im Bereich von Nachbarkonflikten sowie als Vorstufe zu arbeitsrechtlichen Auseinandersetzungen. Vor allem aber im Bereich von Streitigkeiten zwischen Verbrauchern und Unternehmern hat sich die sog. **Verbraucherschlichtung** in jüngerer Zeit immer mehr etabliert und ist vom Gesetzgeber durch das europäisch veranlasste Verbraucherstreitbeilegungsgesetz (VSBG) zu einer Art Zweitjustiz geadelt worden. Einige der großen Verbraucherschlichtungsstellen kokettieren bewusst mit Anleihen an der Justiz und präsentieren sich als eine Möglichkeit, wie Verbraucher ohne den Aufwand eines traditionellen Gerichtsverfahrens schnell und kostenlos zu ihrem Recht kommen können. Faktisch handelt es sich gleichwohl gerade nicht um echte Rechtsdurchsetzung, sondern um von Unternehmerseite finanzierte Kompromisse, bei denen Verbraucher nur selten mit ihren Ansprüchen voll durchdringen.¹⁸ Im Unterschied zur Schlichtung vor den im Nachbar- und Arbeitsrecht tätigen Gütestellen kommt die Verbraucherschlichtung ohne eine mündlichen Gesprächstermin aus. Die individuellen Interessen der Parteien können daher kaum Berücksichtigung finden.

Die größte deutsche Verbraucherschlichtungsstelle ist der Versicherungsombudsmann, der sich alljährlich mit etwa 18.000 Verbraucherbeschwerden gegen Versicherungsunternehmen befasst. Ähnliche Schlichtungsstellen finden sich im Bereich des öffentlichen Personenverkehrs und der Krankenkassen. Als eine Art verbandliche Compliance-Institution leisten sie ohne Zweifel einen wichtigen Beitrag zur unternehmerischen Selbstkontrolle. Ob der Begriff der *Schlichtung* dafür passt, mag man freilich unterschiedlich beurteilen. Denn während ein echter Schlichter wie ein Mediator neutral und unabhängig ist, stehen die Verbraucherschlichtungsstellen überwiegend im Lager der Unternehmerseite und werden von dort aus finanziert. Sie verfügen zwar nach den Vorgaben des VSBG über einen separaten Haushalt und sind üblicherweise durch einen Trägerverein organisatorisch getrennt von den einzelnen Unternehmen. Diesen steht es aber natürlich frei, ihre Mitgliedschaft in diesem Verein aufzugeben und damit auch der Schlichtungsstelle ein Stück weit ihre finanzielle Grundlage zu entziehen. Eine Verbraucherschlichtungsstelle hat insofern einen Anreiz, selbst bei klarer Rechtslage nicht rigoros zugunsten der Verbraucher zu „urteilen“.¹⁹ Insbesondere bei Massenschäden sollte man sich daher von einer Ver-

¹⁸Engel (2015a) S. 1635 f.

¹⁹Fries (2016), S. 211 ff. m. w. N.

braucherschlichtungsstelle nicht unbedingt einen Lösungsvorschlag nach der geltenden Rechtslage erwarten. Ein jüngeres Beispiel hierfür war die Vielzahl von Verbraucherbeschwerden vor dem Bankenombudsmann nach dem Widerruf von Verbraucherkrediten; diese Beschwerden hatten trotz klarer, verbraucherfreundlicher Rechtslage nur in wenigen Fällen Erfolg.²⁰ In einem anderen Fall lehnten mehrere Bankenombudsleute die Betreuung der Fälle rundheraus ab, weil die Verbraucher von einem Inkassodienstleister professionell beraten waren und in Scharen daherkamen.²¹

3.1.2.3 Mediation: Der neutrale Dritte kommuniziert und strukturiert

Ist die Schlichtung danach häufig als Schnellverfahren mit dem Ziel einer einigungsfördernden Drittmeinung, hält sich ein Mediator mit Bewertungen grundsätzlich zurück. Seine Aufgabe liegt nicht darin, eine faire Lösung vorzuschlagen, sondern vielmehr darin, ein Gespräch in Gang zu bringen, in dem **die Parteien selbst** die Chancen einer konstruktiven Konfliktlösung ausloten und bewerten. Das dahinter stehende Konzept gleicht der sokratischen Mäeutik²²: Der antike Philosoph *Sokrates* war davon überzeugt, dass seine Schüler sich ihre Erkenntnisse selbst erarbeiten könnten, wenn er nur die richtigen Fragen stellte. In ähnlicher Weise ist es die Philosophie der Mediation, dass die Parteien selbst eine Konfliktlösung verhandeln können, wenn man sie nur nach ihren wichtigsten Interessen fragt und dazu anhält, die verschiedenen Optionen zur Konfliktlösung daran auszurichten.

Diese Ausrichtung auf **Interessen statt Positionen** unterscheidet die Mediation vom Schiedsverfahren und von den meisten Spielarten der Schlichtung.²³ Sie geht zurück auf den US-amerikanischen Verhandlungsbestseller *Getting to Yes*.²⁴ Eine Position ist danach ein Anspruch auf ein konkretes Verhalten der anderen Partei, wie er in der juristischen Arbeit üblich und bei der Rechtsverfolgung auch notwendig ist. Ein Interesse ist demgegenüber ein abstraktes Bedürfnis einer Partei, das sich in ganz unterschiedlicher Weise erfüllen lässt. Eine Verhandlung über Positionen führt regelmäßig zu einer Verschärfung des Streits, weil sich Positionen auf eine Bewertung der *Vergangenheit* stützen und meist gegenseitig ausschließen. Demgegenüber beziehen sich die Interessen der Beteiligten auf die *Zukunft*. Legen die Be-

²⁰ Schmitt (2015), S. 135 f.

²¹ De la Motte, Ombudsstellen lassen Legal Tech auflaufen, 14.12.2021, <https://www.handelsblatt.com/finanzen/steuern-recht/recht/bankgebuehren-ombudsstellen-lassen-legal-tech-auflaufen/27888626.html>.

²² Zu deutsch: Hebammenkunst.

²³ Natürlich kann auch im Schiedsverfahren interessenorientiert verhandelt werden, in der Praxis ist das aber die Ausnahme und in § 1051 Abs. 1 ZPO auch nicht angelegt.

²⁴ Fisher et al. (2011), S. 41 ff.

teiligten diese Interessen einander offen, ermöglicht dies die Suche nach Lösungsmöglichkeiten, die die Interessen beider Seiten weitgehend realisieren und doch miteinander kompatibel sind.

Beispiel

Typische Positionen und möglicherweise dahinter liegende Interessen im Erbstreit²⁵:

Zahlung von 100.000 Euro (Position) → Entschädigung für eigenen Aufwand in der Pflege der Erblasserin, Anerkennung eigener Mühe für die bisherige Verwaltung des Nachlasses, Liquidität (Interessen)

Veto gegen die Erstattung von Pflegeaufwendungen (Position) → Fairer Prozess, echtes Zuhören des Verhandlungspartners, Begegnung auf Augenhöhe, gemeinsames Nachdenken über gute Lösungen usw. (Interessen)

Keine gemeinsame Nutzung des gemeinsamen Elternhauses (Position) → Anerkennung von zu Lebzeiten des Erblassers erbrachtem Aufwand, faire Vergütung einer Mitnutzung, Dankbarkeit (Interessen)

Anspruch auf Auskunft über den Nachlassbestand, ggf. eidesstattlich versichert (Position) → Bedürfnis nach Vertrauen und Verlässlichkeit (Interessen)

Anerkennung der Erbenstellung durch den Verhandlungspartner (Position) → Partizipation am Nachlass, Anerkennung der Mühe durch jahrelange Pflege des Verstorbenen, Anerkennung des letzten Willens des Verstorbenen, Liquidität, Befriedigung der Erwartungshaltung der eigenen Familie usw. (Interessen)

Das **Augenmerk auf die Interessen** zu richten, ist für die Streitparteien in der Regel ungewohnt und neu, es mag sogar riskant wirken. Deswegen folgen Mediationsverfahren einer Struktur, die den Beteiligten zunächst Raum gibt, ihre bisher formulierten Positionen auszutauschen, bevor sich anschließend der Blick in Richtung der Interessen und möglichen Lösungen wendet. Mediatoren sind die Wächter dieser Struktur. Und sie sind Stifter und Hüter einer wertschätzenden Kommunikation der Parteien untereinander, indem sie den Parteien helfen, ihre Gesprächsbeiträge so zu artikulieren, dass diese sachlich bleiben und den Anderen nicht verletzen.²⁶

3.1.2.4 Moderation: Der neutrale Dritte leitet das Gespräch

In manchen Kontexten ist der neutrale Dritte weder berufen, eine eigene Meinung zur Sache abzugeben, noch auf die Kommunikation mit den Beteiligten Einfluss zu nehmen. Sein Beitrag beschränkt sich dann darauf, den Parteien das Wort zu geben

²⁵Eine ähnliche Sammlung typischer Interessen ohne Bezug auf erbrechtliche Sachverhalte findet sich bei Duve et al. (2019), S. 158 f.

²⁶Ausführlich unten in Abschn. 3.3.

und zu entziehen und das Gespräch ggf. auch an bestimmten Themen entlang zu führen. Man spricht hier von einer bloßen Moderation. Man wählt dieses Format insbesondere dann, wenn man ein geordnetes Gespräch wünscht, die schiere **Zahl der Beteiligten** aber ein mediatives Vorgehen erschwert. Das führt freilich auch dazu, dass der Nutzen der Mitwirkung des Dritten hinter dem einer Mediation meist deutlich zurückbleibt, weil sich die Parteien zwar über viele Themen *austauschen*, dabei aber nicht unbedingt einander interessiert zuhören. Dieses Phänomen ist bekannt aus vielen Podiumsdiskussionen und aus den meisten Fernseh-Talkshow: Je mehr Personen mitdiskutieren, desto sprunghafter fällt der Wechsel zwischen den Themen aus und desto weniger echte Auseinandersetzung mit der Sache darf man erwarten.

Trotz dieser methodenimmanenten Nachteile der Moderation gilt: Ein moderiertes Gespräch ist besser als ein nicht moderiertes Gespräch und erst recht besser als gar kein Gespräch. In erbrechtlichen Auseinandersetzungen kann eine Moderation in vielen Fällen ein guter Anfang sein. Das gilt namentlich für die **Strategieplanung in Familienunternehmen**, die bereits über vorausgehende Erbfälle weit zersplittert sind und an den sich mit jedem Erbfall verschärfenden Zielkonflikten zu zerbrechen drohen. Es ist zweifelsohne eine nicht zu unterschätzende Herausforderung, solche Gespräche zu verwertbaren Ergebnissen zu führen. Die Erfahrung zeigt aber, dass viele Beteiligte danach klarer sehen. Auch das ist in verworrenen Streitkonstellationen regelmäßig schon viel wert.

3.1.2.5 Hybride Verfahren

Die Grenzen zwischen den skizzierten Konfliktlösungsverfahren verlaufen naturgemäß nicht immer ganz trennscharf. Zwar haben die Idealformen der Verfahren und namentlich die Interessenorientierung der Mediation einen guten Sinn, den man nicht verfrüht aufgeben sollte. Allerdings bringen die Parteien in manchen Fällen aus guten Gründen eine Erwartungshaltung mit, die eine Anpassung der Verfahren verlangt. Man spricht dann von hybriden Verfahren – Verfahrensmischungen mit Elementen aus verschiedenen Verfahrenstypen.

Häufig geht der Drift in Richtung einer stärkeren Rolle des neutralen Dritten. So mag ein Verfahren zum Beispiel als bloße Moderation beginnen und auf Wunsch der Beteiligten später als Mediation unter den Hauptkontrahenten fortgesetzt werden. Oder die Parteien eines Mediationsverfahrens mögen am Ende mehrerer kräftezehrender Gesprächstermine die Mediatorin bitten, der verfahrenen Verhandlungssituation durch einen Schlichtungsvorschlag neue Dynamik zu geben, vielleicht sogar durch einen Schiedsspruch final zu entscheiden.²⁷ Wichtig ist dabei vor allem, dass die Parteien wissen, worauf sie sich einlassen, damit sich eine etwaige Unzufriedenheit mit der Bewertung durch den neutralen Dritten nicht im Nachhinein durch eine Kritik an seinem Vorgehen Bahn bricht.

²⁷Weiterführend zu solchen hybriden Verfahren Eidenmüller (2002), S. 1 ff.; Stubbe (2009), S. 321 ff. m. w. N.

Beispiel

Der von *Heiner Geißler* geleitete runde Tisch zum Bahnbauprojekt *Stuttgart 21* begann als Moderation. Später entschied sich *Geißler* allerdings, einen Kompromissvorschlag zu artikulieren und darin eine Bewertung der von den verschiedenen Parteien vorgetragenen Positionen zu äußern;²⁸ damit ging das Verfahren letztlich in eine Schlichtung über.²⁹ Wie es für ein Schlichtungsverfahren im Unterschied zur Mediation durchaus typisch ist, kamen die Teilnehmer dabei kaum über einen Austausch von Positionen hinaus; eine echte, empathische Erörterung der Interessen aller Beteiligten fand nicht statt. Entsprechend unkreativ nahm sich das Ergebnis der Verhandlungen aus, und entsprechend geringe Konsequenzen hatten die Schlichtungsgespräche für das tatsächliche Bauvorhaben.

In ähnlicher Weise können auch die Parteien eines Mediationsverfahrens an einem bestimmten Punkt vereinbaren, dass die Mediatorin nunmehr eine Rolle mit größerem inhaltlichem Einfluss wahrnehmen soll. So können die Parteien beispielsweise die Mediatorin gen Ende der Mediation zu einem Schlichtungsvorschlag ermächtigen oder sie sogar beauftragen, eines ihrer letzten Angebote bzw. eine dazwischen liegende Lösung als Schiedsrichterin auszuwählen. Hier hat die US-amerikanische Verfahrenspraxis eine Reihe von verschiedenen Optionen entwickelt, die die Parteien am Ende eines langen Mediationsverfahrens auch durchaus gerne nutzen, um die Verhandlung zu einem zügigen Abschluss zu führen. Es ist bemerkenswert, wie Menschen, die noch kurz zuvor um jeden Cent gefeilscht haben, am Ende eines mit echtem gegenseitigen Gehör verbundenen Verfahrens bereit sind, bei einer entsprechenden Entscheidung der Mediatorin Abstriche von sehr signifikantem Geldwert zu machen. Wenn man eine Mediation mit einem solchen hybriden Baustein abschließt, gilt es gleichwohl zwei Dinge zu beachten: Zum einen bedarf es uneingeschränkter Transparenz über die veränderte Rolle der Mediatorin und über die dadurch womöglich ausgelöste rechtliche Bindung der Parteien an einen abschließenden Schiedsspruch. Zum anderen sollte eine Mediatorin im Blick haben, dass es sich herumsprechen könnte, wenn sie am Ende einer Mediation doch zur Sache Stellung genommen hat. Das kann

²⁸ Abrufbar unter http://www.schlichtung-s21.de/fileadmin/schlichtungs21/Redaktion/pdf/101130/2010-11-30_Schlichterspruch_Stuttgart_21_PLUS.pdf, abschließender Vorschlag unter http://www.schlichtung-s21.de/fileadmin/schlichtungs21/Redaktion/pdf/110729/frieden_in_stuttgart.pdf.

²⁹ Kritisch zur methodischen Unklarheit Eidenmüller und Hacke, Was macht Heiner Geißler? Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 4. November 2010, S. 8.

nämlich dazu führen, dass Parteien künftiger Mediationsverfahren bereits frühzeitig mit einem abschließenden Schiedsspruch rechnen und das Verfahren dann von Beginn an eher taktierend angehen. Mediatoren sind daher mit der Anwendung hybrider Verfahrensmodelle überwiegend sehr zurückhaltend.

3.1.3 Güterichterverfahren: Die gerichtsinterne Mediation

Eine Sonderstellung im Bereich der alternativen Streitbeilegung nimmt die gerichtsinterne Mediation ein, die der Gesetzgeber seit dem 2012 modifizierten § 278 Abs. 5 ZPO als *Güterichterverfahren* bezeichnet. Letztlich geht das Güterichterverfahren auf *Sander's* Idee eines *multi-door courthouse* zurück, das bei Anlanden einer Streitigkeit an der Schwelle des Gerichts erst einmal entscheidet, ob der Konflikt klassisch streitig entschieden oder zunächst in einem Alternativverfahren behandelt werden soll. Gleichwohl besteht ein entscheidender Unterschied zu dem Modell von *Sander*, denn dieser dachte an die Einbeziehung von Mediatoren, die zwar hinter einer Gerichtstüre in einem Gerichtszimmer sitzen, aber technisch außergerichtlich, d. h. freiberuflich und ohne organisatorische Anbindung an das Gericht vermitteln. In der gerichtsinternen Mediation deutscher Bauart ist allerdings **ein Richter als Mediator tätig**. Streitrichter können heute geeignete – böse Zungen würden sagen: missliebige komplexe – Streitigkeiten an einen Kollegen verweisen, der mit den Parteien dann einen Mediationstermin vereinbart. Wenn die Vergleichsverhandlungen dort nicht weiterführen, wechselt das Verfahren wieder zurück auf die klassische Streitspur.

3.1.3.1 Geschichte: Kleine richterliche Justizreform

Die Geschichte des Güterichterverfahrens begann ohne den Gesetzgeber als „richterliche kleine **Justizreform von unten**“³⁰. Anfang des 21. Jahrhunderts kam die Idee auf, dass Richter bestimmte ihnen geeignet erscheinende Verfahren unter Berufung auf eine Analogie zum damaligen § 278 Abs. 5 S. 1 ZPO³¹ für einen Güteversuch an einen Richterkollegen abgeben könnten. 2002 wurde die richterliche Mediation in der Gerichtspraxis erstmalig angeboten. Insbesondere bei den niedersächsischen Gerichten wurde die Richtermediation in den folgenden Jahren institu-

³⁰Wimmer und Wimmer (2007), S. 3243; dem folgend Seibert (2008), S. 365; Fritz und Fritz (2011), S. 329 Fn. 10.

³¹§ 278 Abs. 5 S. 1 ZPO lautete von 2002 bis 2012: „Das Gericht kann die Parteien für die Güteverhandlung vor einen beauftragten oder ersuchten Richter verweisen.“

tionalisiert und den Parteien als zweite Option neben dem Streitverfahren angeboten. Diese vom Gesetzgeber weder gewollte noch gebilligte Praxis traf auf viel Zustimmung,³² aber auch auf harsche Kritik.³³ Fraglich war insbesondere, ob die Rechtsprechung als Kernaufgabe der Justiz auch in einem eigenen Verfahren institutionalisierte Einigungsbemühungen umfasst.

3.1.3.2 Aufwertung durch den Gesetzgeber

Anlässlich der Umsetzung der europäischen Mediationsrichtlinie 2012 hat der Gesetzgeber mit der einstweilen bestehenden Rechtsunsicherheit aufgeräumt. In einem durchaus umstrittenen Gesetzgebungsverfahren legitimierte er letztlich die gerichtsinterne Mediation, benannte sie aber vor dem dargestellten Hintergrund um und bezeichnete sie fortan als *Güterichterverfahren*.³⁴ Seitdem wird dieses Verfahren deutschlandweit an den meisten Gerichten angeboten. Die **Fallzahlen** nehmen sich im Vergleich zu den Gesamtzahlen bescheiden aus; sie bewegen sich im Bereich weniger Prozent. Nach einem Fallzuwachs in den Jahren nach dem Inkrafttreten des Mediationsgesetzes ist in jüngster Zeit wieder ein Rückgang der Fallzahlen zu beobachten. Während 2014 noch knapp 25.000 der erledigten Verfahren unter Hinzuziehung eines Richtermediators verhandelt wurden,³⁵ waren es 2019 nur noch knapp 14.000 Fälle. In knapp der Hälfte dieser Fälle erzielten die Parteien im Güterichterverfahren eine Einigung, in den übrigen Fällen geht es wie gewohnt vor dem Streitrichter weiter.³⁶

Keine nennenswerte Bedeutung hat demgegenüber die – von *Frank Sander* seinerzeit eigentlich anvisierte – außergerichtliche Mediation während eines anhängigen Gerichtsverfahrens, die sog. **gerichtsnahe Mediation**. Der Gesetzgeber hat zwar im Zuge des Erlasses des Mediationsgesetzes im Jahr 2012 im neuen § 278a ZPO noch einmal klargestellt, dass ein Gericht den Parteien eine außergerichtliche Mediation vorschlagen und das Verfahren währenddessen ruhend stellen kann.³⁷ In der Praxis machen die Gerichte hiervon jedoch keinen Gebrauch. Das

³² So etwa Greger (2006), S. 229 ff.; Greger (2007), S. 3258 ff.; von Barga (2008), passim; Hess (2011), S. 137 ff.

³³ Die grundlegende Kritik äußerten hierbei Lindner und Krämer, Justiz nach Gutsherrenart, <http://www.nrhz.de/flyer/beitrag.php?id=13791>; ihr Beitrag lag bereits als Druckfahne der Deutschen Richterzeitung (DRiZ) vor, dann nahm die Zeitschrift von einer Veröffentlichung allerdings doch Abstand. Weitere kritische Anmerkungen bei Prütting (2009), S. 361 ff.; Bercher und Engel (2010), S. 227 ff.; Risse und Bach (2011), S. 19 f.; Prütting (2011), S. 163 ff.; Engel und Hornuf (2011), S. 505 ff.

³⁴ Kritisch zu diesem Formelkompromiss etwa Risse (2012), S. 252.

³⁵ <http://mediatorenausbildung.org/wp-content/uploads/2016/02/Gueterichterstatistik-2014.xlsx>.

³⁶ Nach den Zahlen des Statistischen Bundesamts lag die Einigungsquote zuletzt (2019) deutlich unterhalb von 50 %, vgl. <https://mediatorenausbildung.org/wp-content/uploads/Gueterichterstatistik-2019.xlsx>.

³⁷ Eine ähnliche, weniger konkrete Vorschrift fand sich seit 2002 in § 278 Abs. 5 S. 2 ZPO.

liegt nicht ausschließlich, aber sicher auch daran, dass die Empfehlung einer Mediation für sich schon unkonventionell ist und die Richter in dieser Situation dann lieber einen ihnen bekannten Richtermediator empfehlen, als das Verfahren in komplett fremde Hände zu geben.

Traditionell macht es mit Blick auf die Verfahrenskosten keinen Unterschied, ob sich die Parteien vor dem Streitrichter, vor dem Richtermediator oder vor einem außergerichtlichen Mediator einigen.³⁸ Allerdings hat der Gesetzgeber die Länder 2012 im neuen § 69b GKG ermächtigt, die Parteien von den Gerichtskosten freizustellen, wenn sich die Parteien eines bereits anhängigen Verfahrens im Wege einer außergerichtlichen Mediation geeinigt haben. Die niedersächsische Landesregierung hat im Sommer 2018 als erste beschlossen, von dieser Ermächtigung bei bestimmten Verfahren Gebrauch zu machen. Die Initiative betrifft vorläufig noch nicht die ordentliche Gerichtsbarkeit; womöglich wird die Regelung aber mittelfristig ausgeweitet. So entstünde zumindest ein gewisser finanzieller Anreiz zur Durchführung gerichtsnaher statt gerichtsterner Mediationen.

3.1.3.3 Praxis der richterlichen Mediation

Das Güterichterverfahren zeigt in der Praxis manche Gemeinsamkeiten, aber auch viele Unterschiede zur klassischen außergerichtlichen Mediation. Die augenfälligste Abweichung liegt darin, dass die Güterichterverfahren üblicherweise mit einem **sehr engen Zeitkorsett** arbeiten. Regelmäßig sind für die Mediationsgespräche nur wenige Stunden statt mehrerer Tage vorgesehen. Der so entstehende Zeitdruck führt tendenziell dazu, dass die Parteien ihre Perspektiven nicht umfassend artikulieren können, dass man sich mit einer oberflächlichen Erörterung der Interessen zufriedengibt und dass man nur nahe liegende Lösungsoptionen diskutiert. Die Verhandlungen laufen zweifelsohne konstruktiv und produktiv, allerdings birgt der Verzicht auf eine gründliche Aufarbeitung der Bedürfnisse der Parteien eben auch die Gefahr, dass wichtige Dinge ungesagt bleiben und sich manches Wertschöpfungspotenzial nicht realisiert. Nicht von ungefähr ist die Einigungsquote in der echten, d. h. außergerichtlichen Mediation deutlich höher.³⁹

Anwälte, deren Mandanten im Zivilprozess eine Einigung anstreben, sollten bewusst darüber nachdenken, ob sie statt der Standard-Güteverhandlung nach § 278 Abs. 2 ZPO womöglich die Option einer gerichtlichen oder außergerichtlichen Mediation nutzen wollen. An manchen Gerichten fragen die Richter nach Eingang der Klage zwar von sich

³⁸ Ausführlich Engel (2015b), Kap. 10 Rn. 12 f., 39 ff.

³⁹ Steffek (2013), S. 531.

aus nach, wie die Parteien zu einer einvernehmlichen Konfliktlösung stehen. Die Parteien können aber durchaus auch von sich aus ein Güterichterverfahren anregen. Beim Streitrichter wird man sich keine Sympathien verspielen, wenn man sich einigungsbereit zeigt, und die Mediationsrichter sind in der Regel dankbar für neue Fälle, weil sie sich diese kammerintern anrechnen lassen können.

3.2 Die Methode Mediation

Die Einordnung der Mediation in das Spektrum der verschiedenen alternativen Konfliktlösungsmechanismen hat gezeigt: Hier unterstützt ein neutraler Dritter die Verhandlungen der Streitparteien, ohne sich in der Sache in den Streit einzumischen. Damit ist die Rolle des Mediators zwar grob beschrieben, aber was verbirgt sich nun genau dahinter?

3.2.1 Grundprinzipien der Mediation

Es gibt eine Reihe von **zentralen Charakteristika**, die das Mediationsverfahren prägen und aus denen sich viele Antworten für Fragen ergeben, die im Laufe einer Mediationsverhandlung auftreten können. Parteien können sich anhand dieser Charakteristika ihrer eigenen Rolle und Verantwortung vergewissern. Für Mediatoren ist es nützlich, sich diese Prinzipien immer wieder vor Augen zu führen, weil sie bei unvorhergesehenen Schwierigkeiten helfen, auf einen konstruktiven Verhandlungspfad zurückzufinden. Die vier wichtigsten dieser Prinzipien sind die freiwillige Teilnahme am Verfahren, die Vertraulichkeit der Mediationsgespräche, die Eigenverantwortung der Parteien und die Neutralität des Mediators.

3.2.1.1 Freiwillige Teilnahme am Verfahren

Vor ein staatliches Gericht muss man sich bisweilen zerren lassen, auch wenn es einem nicht gefällt. Es ist der Kern des staatlichen Gewaltmonopols, dass mit wenigen Ausnahmen nur der Staat unmittelbaren Zwang ausüben darf, dass man sich dem aber auch beugen muss, wenn eine Rechtsverletzung im Raum steht. Bei der außergerichtlichen Streitbeilegung und namentlich bei der Mediation ist das anders: Das Verfahren ist – trotz der Teilverstaatlichung im Rahmen des Güterichterverfahrens – genuin *außerstaatlich*, und damit steht es den Parteien eines Rechtsstreits auch jederzeit offen, sich auf einen Mediationsversuch einzulassen bzw. eine bereits begonnene Mediation fortzusetzen. Selbst nach einer grundsätzlich aussichtsreichen dreitägigen Verhandlung darf jede Seite das Verfahren **ohne Begründung beenden**,

wenn es ihr opportun erscheint. Sanktionen muss sie dafür nicht befürchten.⁴⁰ § 1 Abs. 1 MediationsG bestätigt diesen etablierten Grundsatz.

Mediatoren sind Anwälte dieser Teilnahmefreiheit. Sie sind keinesfalls berufen, die Parteien in eine Mediation hineinzuarargumentieren oder zum Bleiben zu bewegen. Je weiter die Gespräche schon gediehen sind, desto schwerer tut man sich natürlich, die Felle der anvisierten Einigung kampfflos davonschwimmen zu lassen. Dennoch gilt das Gebot der Zurückhaltung, denn eine Mediation ist kein Selbstzweck, sondern hängt immer von der individuellen Verhandlungsbereitschaft beider Parteien ab. Es spricht natürlich nichts dagegen, vielmehr sogar viel dafür, dass ein Mediator die Parteien dazu anhält, es sich gut zu überlegen, wenn sie das konsensorientierte Gespräch abbrechen möchten. Dazu mag es hilfreich sein, noch einmal zusammenzufassen, zu welchen Zwischenergebnissen die Mediation bis dahin schon gelangt ist.

Wenn sich die Parteien ihrer Freiheit zur Teilnahme an einer Mediation selbst begeben, ist das natürlich ihre Sache. Aus dem Schiedsverfahrensrecht sind Schiedsklauseln bekannt, mit denen die Parteien Konflikte aus einem Vertrag bereits bei Vertragsschluss einer Entscheidung durch Schiedsgerichte zuweisen. In ähnlicher Weise können Verträge auch **Mediationsklauseln** enthalten, die anordnen, dass vertragliche Streitigkeiten unter bestimmten Umständen in einer Mediation verhandelt werden sollen. Den Grundsatz der Freiwilligkeit hebeln diese Klauseln allerdings kaum aus, denn selbst wenn eine Partei die andere so in ein Mediationsverfahren zwänge, könnte die andere Seite die Mediation doch eine logische Sekunde später wieder abbrechen. Selbst Mediationsklauseln zwingen daher stets nur zu einem *Mediationsversuch*. Und natürlich können die Parteien auch eine Mediationsklausel nach Entstehen einer Streitigkeit jederzeit einvernehmlich wieder abbedingen, wenn sie ein anderes Konfliktlösungsforum bevorzugen. Mediationsklauseln haben daher im Wesentlichen Appellcharakter. Diese Anstoßfunktion sollte man allerdings nicht unterschätzen. Menschen tun viele Dinge nicht deswegen, weil sie davon überzeugt sind, sondern allein deswegen, weil ein bestimmter Weg vorgezeichnet ist.⁴¹

In **erbrechtlichen Konflikten** gibt es nun regelmäßig die Besonderheit, dass *Dritte* zur Teilnahme an einer Mediation angeregt oder verpflichtet werden sollen. Eine Erblasserin mag also in ihrem Testament vorsehen, dass bei Streitigkeiten unter den Erben zunächst eine Mediatorin eingebunden werden soll. In einem Erbvertrag könnte die eingesetzte Testamentsvollstreckerin ermächtigt werden, bei Konflikten eine Mediatorin hinzuzuziehen. Solche Gestaltungswünsche lassen sich rechtlich u. a. durch Auflagen- und Bedingungskonstruktionen abbilden. Problema-

⁴⁰Eine Ausnahme wäre allenfalls dann anzunehmen, wenn eine Partei die andere (nachweisbar) arglistig in ein Mediationsverfahren lockt, obwohl sie von Beginn an nicht verhandlungsbereit war; in diesem seltenen Fall müsste sie ihrem Gegenüber wegen Verletzung einer Nebenpflicht aus der Mediationsvereinbarung Schadensersatz in Höhe der Verhandlungskosten leisten.

⁴¹Die Ökonomik spricht insoweit von Pfadabhängigkeiten, siehe etwa Liebowitz und Margolis (1995), S. 205 ff.; Roe (1996), S. 643 ff.; Bebchuk und Roe (1999), S. 127 ff.

tisch wird es allerdings, sobald Pflichtteilsberechtigte zur Teilnahme an einer Mediation verpflichtet werden sollen.⁴²

Eine recht unproblematische Vorstufe zur Mediationspflicht ist eine Verpflichtung zur Teilnahme an einem Informationsgespräch über Optionen der einvernehmlichen Streitbeilegung. Das 2009 in Kraft getretene Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) sieht in §§ 135, 156 Abs. 1 S. 3 für bestimmte Fälle eine im Ermessen des Gerichts stehende Anordnung vor, an einem solchen Informationsgespräch teilzunehmen. Kommt eine Partei einer solchen Anordnung nicht nach, kann das Gericht ihr nach §§ 81 Abs. 2 Nr. 5, 150 Abs. 4 S. 2 FamFG die Kosten des Verfahrens ganz oder teilweise auferlegen, selbst wenn sie in der Sache Erfolg hatte.

3.2.1.2 Vertraulichkeit der Mediationsverhandlung

Ein zweites wesentliches Charakteristikum der Mediation ist die Vertraulichkeit der im Verfahren ausgetauschten Informationen. Hinter diesem Grundsatz steht die Überzeugung, dass sich mehr gegenseitige Empathie und wertschöpfendere Lösungsoptionen möglich werden, wenn sich die Parteien offen und ehrlich über die Konfliktmaterie austauschen. Dieser **Informationsaustausch** wäre in Gefahr, wenn die Beteiligten befürchten müssten, ihr Gegenüber könne ihr offenes Wort in einem nachfolgenden Prozess zu ihren Lasten verwenden. Deswegen vereinbart man in der Regel zu Beginn einer Mediation, dass alle Umstände, die in der Mediation bekannt werden und andernfalls nicht ohnehin auf anderem Wege ans Licht kommen würden, nicht Eingang in ein nachfolgendes Gerichtsverfahren finden dürfen.⁴³ Flankierend dazu regelt § 4 MediationsG, dass der Mediator nicht zum Beweis solcher Tatsachen als Zeuge herangezogen werden kann.

Vereinbarungen zur Vertraulichkeit führen in der Praxis nicht dazu, dass die Beteiligten sogleich alle ihre Karten auf den Tisch legen. Das ist in der Regel aber auch nicht erforderlich. Schon kleine Ein- und Zugeständnisse nimmt die andere Seite häufig als **Vertrauenssignal** wahr und kommt dann ihrerseits ein Stück weiter aus der Deckung. Nicht selten äußern die Parteien dann überraschtes Bedauern, dass sie sich in der Vergangenheit so missverstanden haben. Als atmosphärische Basis für die weiteren Mediationsgespräche ist das ein sehr fruchtbarer Boden.

Fälle, in denen jemand einen Prozess durch Einführung einer in der Mediation gewonnenen Information zu seinen Gunsten entscheiden könnte, sind aus der Praxis nicht bekannt. Das sollte nicht zu Leichtsinn oder Nachlässigkeit bei der Gestaltung

⁴²Dazu etwa Eidenmüller (2015), S. 539 ff.

⁴³Diese Vereinbarung ist wichtig, weil es im MediationsG hierzu keine Auffangregelung gibt.

der Mediations-Verfahrensverträge verführen. Es zeigt aber, dass die mit einem typischen Mediationsgespräch einhergehenden Risiken sehr gering sind.

3.2.1.3 Unabhängigkeit und Neutralität des Mediators

Ein drittes zentrales Charakteristikum der Mediation ist die Unabhängigkeit und Neutralität des Mediators. Im Unterschied zu einem Schiedsrichter oder einem Schlichter trifft er keine Bewertung des streitigen Geschehens, sondern hütet sich vor Annahmen und enthält sich jeglicher inhaltlicher Stellungnahme. Er sympathisiert daher auch nicht im Sinne einer Allparteilichkeit⁴⁴ mit den Perspektiven *beider* Seiten, sondern hält sich inhaltlich vollständig aus der Angelegenheit heraus. Ein Mediator soll nicht nachvollziehen oder mitfühlen, sondern „nur“ verstehen, wie es den Parteien geht, und dadurch gegenseitiges Zuhören, Empathie und Verständnis *der Parteien untereinander* fördern. Diese Rollenbeschreibung eines Mediators kann zuweilen Bürde und zuweilen Entlastung sein.

Eine Herausforderung sind Unabhängigkeit und Neutralität insoweit, als Bewerten, Schubladendenken und die Bildung einer klaren Meinung für die meisten Menschen eine **unterbewusste Selbstverständlichkeit** sind, die sich kaum abstellen lässt. Fatal ist für einen Mediator dabei weniger die spontane innere Evaluation als vielmehr die darauf folgende Versuchung, die eigene Meinung dann auch einmal klar zu äußern oder vielleicht auch nur subtil anklingen zu lassen. Der Reiz wird umso größer, je mehr die Verhandlungen zwischen den Parteien ins Stocken geraten, weil die Meinung eines unbeteiligten Dritten den Knoten durchschlagen könnte. Gleichwohl gilt: Außerhalb hybrider Verfahren⁴⁵ ist das nicht der Auftrag eines Mediators. Wenn sich eine Partei durch die Meinungsäußerung übervorteilt sieht, hat das Image des Mediators und damit das ganze Verfahren regelmäßig irreparablen Schaden genommen. Im Zweifel sind sogar beide Parteien mit einer Bewertung des Mediators inhaltlich unzufrieden. Es gibt dabei also wenig zu gewinnen.

Natürlich ertappen sich auch professionelle Mediatoren in der Praxis immer wieder dabei, das Vorbringen der einen oder anderen Partei überzeugender zu finden. Um diese automatische Intuition im Zaum zu halten, ist es empfehlenswert, sich ganz bewusst von eigenen Annahmen zu befreien und die Parteien möglichst unvoreingenommen nach den Beweggründen für ihr Tun und ihre Perspektiven zu fragen. In der Regel wird ein zunächst seltsam anmutendes Bild deutlich verständlicher, wenn man mehr darüber erfährt, wie der Betroffene dazu gekommen ist. Diese Beschäftigung mit den Hintergründen ist übrigens nicht nur wichtig, um den Mediator vor den Versuchungen der innerlichen Parteinahme zu schützen. Gerade auch die andere Partei wird hier von den neugierigen Fragen des Mediators profitieren, weil

⁴⁴ Der Begriff ist ein Paradox, weil es Parteien nur geben kann, wo das eine mit dem anderen unvereinbar ist.

⁴⁵ Zu hybriden Verfahren siehe oben in Abschn. 3.1.2.5.

sie Neues über ihren Verhandlungspartner erfährt, das ihr dessen Tun womöglich in einem anderen, besseren Licht erscheinen lässt.

So mutet es in Erbstreitigkeiten häufig allzu kleinkariert an, wenn ein Pflichtteilsberechtigter den Auskunftsanspruch nach § 2314 Abs. 1 BGB bis ins letzte Detail erfüllt haben möchte. Das Gesetz sieht hier zwar vor, dass sämtliche Nachlassgegenstände unabhängig von ihrem Wert aufzuführen sind.⁴⁶ Gerade beim Inventar einer Immobilie kann dies für die Erben aber zu einer unliebsam langwierigen Aufgabe werden, weil sie im Zweifel Tage damit verbringen, im Anwesen der Erblasserin jede Schranktüre zu öffnen und auch kleine Gegenstände akribisch aufzulisten. Deswegen lassen sie hier meist fünf gerade sein, fassen Teile des Nachlasses zu Sachgesamtheiten zusammen und bezeichnen sie mit guten Gründen als wertlos. Wenn sich ein – womöglich rechtlich beratener – Pflichtteilsberechtigter damit nicht zufrieden gibt, geraten die Parteien schnell in einen Positionskampf darüber, ob das Nachlassverzeichnis den gesetzlich geforderten Detailgrad erreicht. In einer Mediation richtet sich stattdessen die Frage an den Pflichtteilsberechtigten, was ihn an der Vollständigkeit des vorgelegten Verzeichnisses zweifeln lässt. Die Antwort darauf kann sehr überraschend ausfallen: Womöglich weiß er von einem Gegenstand, der der Erblasserin zumindest ein Jahr vor ihrem Tod noch gehörte. Oder sein Misstrauen rührt aus einem Kindheitserlebnis mit den Erben oder jemand völlig anderem, bei dem er einmal für dumm verkauft wurde. Oder er hadert mit einer abfälligen Bemerkung eines Erben und möchte das Foul zurückspielen.

Neben dieser herausfordernden Facette ist die Neutralität für einen Mediator auch eine große Hilfe. Denn es ist nicht nur so, dass er infolge seiner Rolle im Verfahren den streitigen Sachverhalt nicht bewerten *darf*, sondern er ist vor allem auch **nicht damit belastet**, eine Bewertung vornehmen zu müssen. Mediatoren müssen keine Lösungsvorschläge generieren und differenziert begründen. Sie müssen auch nicht mit dem leben, worauf sich die Parteien einigen oder nicht einigen. Wenn eine Seite nach gründlicher Überlegung partout keinen Schritt weitergehen möchte, ist das ihr gutes Recht und kein Fehler des Mediators. Seine Zuständigkeit beschränkt sich auf das Verfahren und die darin stattfindende Kommunikation.

Die wichtigsten **Rahmenregeln** zu Unabhängigkeit und Neutralität hat der Gesetzgeber 2012 in § 3 MediationsG niedergelegt. Danach müssen Mediatoren den Parteien vor dem Beginn des Mediationsgesprächs alle Umstände offenzulegen, die seine Unabhängigkeit oder Neutralität beeinträchtigen könnten. So muss es ein

⁴⁶Blum und Heuser (2021), § 2314 Rn. 7 mit 7.1 ff.; Lange (2022), § 2314 Rn. 5; Müller-Engels (2022), § 2314 Rn. 12.

Mediator etwa von sich aus offenbaren, wenn er zu einer Partei zuvor bereits geschäftlich oder privat Kontakt hatte oder eine Beziehung unterhalten hat. Entscheiden sich die Parteien in Ansehung dieses Umstands dafür, den Mediator gleichwohl zu beauftragen, lässt § 3 MediationsG dies in den meisten Fällen zu.

3.2.1.4 Eigenverantwortung der Parteien

Spiegelbild der Neutralität des Mediators ist schließlich die Eigenverantwortung der Parteien.⁴⁷ Da der Mediator nichts zur Sache sagt, bleibt es Aufgabe der Parteien, ihre Interessen zu benennen und die Bausteine für eine Lösung zu erarbeiten und zusammenzufügen. Zu Beginn einer Mediation erscheint dies regelmäßig als eine schier unlösbare Aufgabe. Das ändert sich aber, sobald über die Kommunikationsbrücke des Mediators ein **konstruktives Gespräch** in Gang kommt. Die oben beschriebene Verlagerung der Aufmerksamkeit von Positionen zu Interessen wirkt hier tatsächlich Wunder und wird von Parteien wie Anwälten, die erstmals an einer Mediation teilnehmen, regelmäßig mit Verblüffen zur Kenntnis genommen.

Der Grundsatz der Eigenverantwortung setzt die intellektuelle Fähigkeit und innere Bereitschaft der Parteien voraus, die ihnen zugeordnete **Verantwortung auch zu übernehmen**. Das ist deshalb nicht selbstverständlich, weil die intuitive Vorgehensweise meist darin besteht, zunächst gegeneinander zu argumentieren, bis die Lage aussichtslos erscheint, und dann die Sache an Anwälte zu übergeben und sich aus der Verhandlungsführung gedanklich komplett zu verabschieden. Anwälte bleiben dann meist innerhalb der im materiellen Recht vorgesehenen Anspruchskategorien und bemühen sich um das Maximum dessen, was sich für die Mandantschaft realisieren lässt. Eine Mediation erfordert in gewisser Weise ein gegenläufiges Denken: Die Mandanten sind aufgerufen, das Zepter wieder selbst in die Hand zu nehmen und selbst zu sagen, was ihnen wichtig ist.

Häufig kommt es nicht zu einer Mediation, weil die Streitbeteiligten jeweils der Auffassung sind, sie selbst seien zu einem solchen Streitbeilegungsversuch bereit, aber der jeweiligen Gegenseite fehlten die geistigen Kapazitäten, sich für ein solches Verfahren zu öffnen. Der **schwarze Peter** wird damit zum Gegner geschoben, um sich nicht selbst fragen zu müssen, wie sich der Streit womöglich konstruktiv lösen ließe. Weil häufig beide Seiten so denken, bleibt es dann bei der konfrontativen Auseinandersetzung. Dieses Dilemma lässt sich nur auflösen, indem sich jeder Beteiligte einer Annahme über das Verhalten seines Gegenübers enthält und schlicht für sich die Aussage trifft, inwieweit er zu einem Mediationsversuch bereit ist.

Rational im Sinne ihrer Mandanten denkende Anwälte werden ihre Mandanten in der Regel in diesem Sinne mediationsaffin beraten. Denn das mit einer Verantwortungsdelegation verbundene Risiko, auf der hohen See der Justiz auf ganzer Linie zu verlieren, wollen meist weder unternehmerische noch private Mandanten

⁴⁷ Auch dieser Aspekt findet als Charakteristikum der Mediation Berücksichtigung in § 1 Abs. 1 MediationsG.

tragen. Anders als vor Gericht lässt sich in einer Mediation sehr gut steuern und kontrollieren, worauf es am Ende hinaus läuft. Unangenehme Überraschungen kommen praktisch nicht vor. Das ist insbesondere in erbrechtlichen Streitigkeiten attraktiv, weil das winkende Erbe in der Regel nicht Lebensgrundlage, sondern mehr oder minder unverhofftes Zubrot ist, von dem man lieber einen Teil mit Sicherheit erhält, als auf Alles oder Nichts zu spielen. Jedenfalls bei ernsthaft problematischen Rechtsfragen ist das auch **erbschaftssteuerlich sinnvoll**, weil sich die Steuerlast im Fall eines Prozessgewinns nicht auf den *ex ante* erwarteten, sondern den vollen realisierten Vermögensanfall bezieht.

Angenommen, zwischen zwei Geschwistern sei streitig, ob nur die Schwester oder auch der Bruder zum Erben eines Nachlasses im Wert von 1,6 Mio. Euro berufen ist. Der Bruder beansprucht den halben Nachlass im Wert von 800.000 Euro, die Schwester sieht sich als Alleinerbin und streitet diese Forderung ab. Die Erfolgsaussichten vor Gericht seien 50:50. Hier kann die Schwester den Bruder entweder mit 400.000 Euro abfinden, was dem Erwartungswert des Prozesses aus seiner Sicht entspricht.⁴⁸ Oder sie lässt es auf einen Prozess ankommen, an dessen Ende der Bruder leer ausgeht oder im Wert von 800.000 Euro am Erbe partizipiert. Im Falle einer Abfindung liegt der Erwerb des Bruders unter dem Freibetrag des § 16 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG und bliebe daher steuerfrei; die Schwester muss die über den Freibetrag hinausgehende Summe in Höhe von 800.000 Euro versteuern. Lassen es die Geschwister hingegen auf einen Prozess ankommen, kann die insgesamt zu versteuernde Summe höher ausfallen: Gewinnt der Bruder, bleibt es zwar bei einer insgesamt zu versteuernden Summe von 800.000 Euro, weil auch hier beide Freibeträge voll ausgeschöpft werden. Gewinnt hingegen die Schwester, bleibt der Freibetrag des Bruders ungenutzt und die Schwester muss 1,2 Mio. Euro versteuern. Mit anderen Worten: Der Erwartungswert der Steuerlast ist bei einer Kompromisslösung niedriger. Deswegen ist es für die Schwester auch dann besser, ihren Bruder abzufinden, wenn sie das mit einem Gerichtsprozess verbundene Risiko nicht stört.

3.2.2 Die Struktur eines Mediationsverfahrens

Auch wenn es keine gesetzlichen Vorgaben zum Ablauf einer Mediation gibt, hat sich für das Mediationsverfahren doch eine Struktur etabliert, die im Gros der Praxisfälle auch recht konsequent eingehalten wird.⁴⁹ Diese Struktur ist kein Selbst-

⁴⁸Zum Konzept von Erwartungswerten Eidenmüller (2000), S. 7 ff.; Hagel (2011), S. 68 ff.

⁴⁹Anders liegen die Dinge in den USA; hier pendeln Mediatoren üblicherweise als Shuttle zwischen den Parteien; echtes Zuhören und gegenseitige Empathie sind bei dieser Verhandlungsform kaum zu erwarten. Ausführlich zu dieser sog. caucus mediation Eidenmüller (2016), S. 18 ff.

zweck,⁵⁰ aber sie folgt einer inneren Logik und hat sich in der Praxis immer wieder bewährt.

3.2.2.1 Abstimmung über das Verfahren

Nachdem sich die Parteien auf eine Mediation und einen Mediator⁵¹ verständigt haben, geht es zunächst darum, ein gemeinsames Verständnis davon zu entwickeln, was die Parteien im Mediationsverfahren erwartet und welche Informationen zur **Vorbereitung der Präsenzgesepräche** erforderlich sind. Diese erste Phase des Mediationsverfahrens beginnt in der Regel niederschwellig durch den Austausch von E-Mails und schließt zu Beginn des ersten Präsenztreffens mit der gegenseitigen Versicherung, dass alle Beteiligten an Bord sind.

Der Mediator informiert die Parteien zunächst über Inhalt und Ablauf eines Mediationsverfahrens und über seine Person und Erfahrung in diesem Bereich.⁵² Um sich seinerseits auf den Gegenstand des Verfahrens vorbereiten zu können, bittet er die Parteien in der Regel um **kurze Stellungnahmen** dazu, welche Themen aus ihrer Sicht besprochen werden sollten und was ihnen dabei wichtig ist. Sind bereits Anwälte involviert, beteiligen sich diese regelmäßig an der Erstellung dieser Parteistatements. Gleichwohl ist es wichtig, dass die Parteien hier nicht (erneut) schriftsätzlich vortragen, sondern möglichst unjuristisch und authentisch formulieren, worum es ihnen geht. Weiterhin ist wichtig, dass stets alle Beteiligten in die Kommunikation einbezogen sind. Seitenkanäle des Mediators mit einzelnen Beteiligten gefährden seine Neutralität und sind allenfalls in begründeten Ausnahmefällen sinnvoll.

Neben dem Austausch inhaltlicher Informationen klären die Beteiligten in diesem Stadium auch den **organisatorischen Rahmen** der Mediationsgespräche. Unter Moderation des Mediators einigen sie sich auf einen möglichst neutralen Ort und einen Termin für die Gespräche. In erbrechtlichen Streitigkeiten empfiehlt es sich, dass sich die Beteiligten mindestens drei aufeinanderfolgende Tage einschließlich der Abende komplett für die Mediationsgespräche blocken. Denn Unterbrechungen der Gespräche wirken sich in der Regel ungünstig auf die Verhandlungsdynamik aus. Häufig stehen Anwälte und Steuerberater der Parteien zunächst nur auf Standby und werden bei positivem Verlauf der ersten Gespräche später hinzugeholt.

Weiterhin sendet der Mediator den Parteien in der Regel auch ein Formular für eine vertragliche Vereinbarung der Beteiligten zu den im Mediationsgesetz nicht geregelten Rahmenbedingungen des Verfahrens zu. Darin finden sich mindestens Vereinbarungen zum Honorar des Mediators und zum vertraulichen Umgang mit

⁵⁰Vgl. daher die Vorschläge von Hacke (2016), S. 168 ff. zu Abwandlungen des klassischen Phasenmodells.

⁵¹Siehe dazu unten in Abschn. 3.3.

⁵²Genau genommen ist dies seit 2012 eine gesetzliche Verpflichtung aus § 3 Abs. 5 MediationsG.

den im Rahmen der Mediation bekannt werdenden Informationen. Üblicherweise wird dieser **Verfahrensvertrag** nicht diskutiert, sondern die Parteien nehmen ihn widerstandslos hin und werfen nur einen Blick auf das Honorar. Vor überraschenden und einseitigen Klauseln im Verfahrensvertrag ist gleichwohl zu warnen, denn diese werden im Zweifel einer AGB-Kontrolle am Maßstab der §§ 305 ff. BGB nicht standhalten.

Beispiel

Einleitende E-Mail Korrespondenz

Die einleitende E-Mail einer Mediatorin kann beispielsweise wie folgt lauten:

Sehr geehrte Frau Meier, sehr geehrter Herr Schulz,
haben Sie vielen Dank für Ihre Anfrage vom 4. August 2022! In der Tat bin ich regelmäßig in Erbstreitigkeiten als Mediatorin tätig und kann mir auch gut vorstellen, Sie bei der Suche nach einer einvernehmlichen Streitbeilegung zu unterstützen. Lassen Sie mich Ihnen dazu einige einleitende Informationen an die Hand geben:

1. Nach meiner Erfahrung sollte man sich für eine Verhandlung über die von Ihnen skizzierten Konfliktpunkte zwei bis drei Tage Zeit nehmen. Für mich als Mediatorin kommen dann noch einmal etwa eineinhalb Tage Vorbereitungszeit hinzu. Wenn Sie mich als Mediatorin beauftragen, setze ich einen Halbtagesatz von 1500 Euro zzgl. 19 % USt an. Nicht selten ist es ratsam, eine Co-Mediatorin hinzuzuziehen, um den Prozess flexibler zu gestalten; das muss allerdings nicht zu einer Verdoppelung der Kosten führen, sondern ist fallabhängig verhandelbar. Hier stelle ich gerne den Kontakt zu einer Kollegin her, wenn Sie das auch für sinnvoll halten.
2. Zeitlich stünde ich Ihnen ab Anfang September relativ flexibel zur Verfügung. Nennen Sie mir gerne konkrete Termine, die für Sie passen würden. Ihre anwaltlichen Vertreter müssten nach meinem Dafürhalten zunächst nicht dabei sein; wir können sie zu einem späteren Zeitpunkt hinzuziehen, wenn Sie sich einer Einigung nähern sollten.
3. Das Verfahren zur Vorbereitung der Mediation läuft im Wesentlichen wie folgt ab: Sie und Ihre Anwälte senden mir diejenigen Unterlagen per E-Mail zu, die Sie für wichtig halten, insbesondere bereits gewechselte Schriftsätze. Weiterhin ist es hilfreich, wenn Sie auf maximal fünf Seiten eine strukturierte Zusammenfassung Ihrer individuellen Perspektive und Ihrer individuell wichtigen Interessen formulieren und unter allen Beteiligten zirkulieren.

Lassen Sie mich gerne wissen, ob dieses Vorgehen für Sie in Betracht kommt. Falls Sie weitere Fragen haben, zögern Sie nicht, sie zu stellen.

**Die vertraglichen Unterlagen für das Mediationsverfahren leite ich Ihnen zu, sobald Sie sich für eine Mediation unter meiner Leitung entschieden haben und wir Klarheit über die Zuziehung einer Co-Mediatorin haben.
Mit freundlichen Grüßen
Abena Osei (Mediatorin)**

Die Abstimmung des Verfahrens findet ihren Abschluss zu Beginn der eigentlichen Mediationsverhandlung. Häufig unterzeichnen die Beteiligten jetzt erst den Verfahrensvertrag, der zuvor nur per E-Mail zirkuliert wurde. Der Mediator geht dann in einer kurzen Eröffnungsansprache auf die wichtigsten Aspekte des Mediationsverfahrens noch einmal ein und gibt den Parteien Gelegenheit, **Fragen zum weitere Prozedere** zu artikulieren. Es empfiehlt sich, auf die anstehenden Phasen des Mediationsverfahrens nochmals hinzuweisen und diese möglichst im Raum sichtbar zu machen. Denn eine Mediation ist für die Parteien regelmäßig etwas Ungewohntes und Neues. Eine klare Orientierung ist daher ein absolutes Muss!

3.2.2.2 Sichtweisen der Parteien

In der zweiten Phase des Mediationsverfahrens beginnt das inhaltliche Gespräch mit einem Austausch der unterschiedlichen Sichtweisen der Parteien. Dies ist regelmäßig der für alle Beteiligten kräftezehrendste Part der Veranstaltung. Denn beide Seiten stehen üblicherweise unter **Spannung** und möchten endlich einmal sagen, was Sache ist. Nachdem sie bei ihrem Gegenüber bisher auf taube Ohren gestoßen sind, erwarten sie nun ein offenes Ohr beim Mediator. Auch wenn sie abstrakt wissen, dass der Mediator neutral ist, hoffen sie doch häufig intuitiv auf eine Bestätigung ihrer Sichtweise durch den Mediator.

Der beschriebene Erwartungs- und Äußerungsdruck besteht natürlich bei beiden Parteien. Die Kunst des Mediators besteht darin, die Spannung in halbwegs geordneten Bahnen zur Entladung zu bringen. Er tut dies mit einer einleitenden Erläuterung, dass beide Seiten nun Gelegenheit und ausreichend Zeit haben werden, ihre Sicht der Dinge darzustellen. Naturgemäß kann nur eine der beiden Parteien zuerst zum Zuge kommen; umso wichtiger ist es, dass diese sich um eine **sachliche Ausdrucksweise** bemüht und der zuhörende Kontrahent für seine Geduld ausreichend Wertschätzung erfährt. Hier die Contenance zu wahren, ist naturgemäß schwer, deswegen ermuntert der Mediator die Parteien immer wieder zu einer vertraglichen Ansprache und zu interessiertem Zuhören. Wo das misslingt, springt der Mediator ein und glättet die Kommunikation. Es kann dabei hilfreich sein, auf eingangs vereinbarte Spielregeln zu verweisen, denn die Beteiligten setzen sich erfahrungsgemäß ungern in Widerspruch zu einer früheren eigenen Erklärung.

Die Darstellung der individuellen Perspektiven endet erst, wenn beide Parteien auf wiederholte Nachfrage des Mediators nichts mehr ergänzen möchten. Ein Ab-

gleich der beiden unterschiedlichen Sichtweisen oder gar eine Einordnung in streitiges und unstreitiges Geschehen erfolgen nicht. Das erscheint zunächst überraschend. Es wird aber verständlich, wenn man sich klarmacht, dass es in dieser zweiten Phase der Mediation anders als in einem Gerichtsprozess nicht darum geht, die Wahrheit herauszufinden. Denn die eine Wahrheit gibt es selten; auch die Justiz muss sich letztlich mit einer durch die Grenzen der Beweisaufnahme verkürzten Wahrheit zufrieden geben. In der Mediation geht es um etwas ganz Anderes: Die Parteien sollen **Gehör finden**. Gehör gewährt ihnen zunächst der Mediator, indem er ihnen vernehmlich – man sagt auch: *aktiv* – zuhört und das Gehörte auf einem Flipchart sichtbar macht. Idealerweise spitzt dabei bald auch der Kontrahent seine Ohren, weil ihn der Mediator dazu animiert und weil er die Perspektive des Anderen vielleicht auch erstmals in einem verträglichen Ton vorgetragen bekommt. Es ist nicht das Ziel, dass die Parteien einander überzeugen oder sich darauf verständigen, dass sich gewisse Dinge in der Vergangenheit in bestimmter Weise zugetragen haben. Sondern es geht darum, dass sie erleben vielleicht sogar ihren Frieden damit finden, dass die Welt aus der Warte ihres Gegenübers tatsächlich etwas anders aussieht.

Was sich aus der Warte eines unbeteiligten Dritten einfach beschreiben lässt, stellt für die Parteien eines Rechtsstreits eine immense Herausforderung dar. Denn Empathie wird uns nicht in die Wiege gelegt. Kinder erlernen das Sichhineinversetzen in ihr Gegenüber frühestens im Vorschulalter, bei vielen Menschen bleibt diese Fähigkeit aber unterentwickelt, und selbst Psychologieprofis scheitern regelmäßig daran, die Perspektive einer anderen Person einzunehmen, sobald sie selbst als Kontrahent an einem Konflikt beteiligt sind. Mediatoren geht es natürlich in Streitigkeiten, die sie selbst betreffen, keinen Deut besser. Das gegenseitige Zuhören, Ertragen und Nachvollziehen ist also viel verlangt. Es braucht viel guten Willen bei den Parteien und große Ausdauer bei der Mediatorin, um diese Haltung zu fördern und den Parteien in ihrem Bemühen geduldig zu assistieren.

Die Befähigung der Parteien zu echtem gegenseitigen Gehör ist Kern des Mehrwerts einer Mediation und alles Andere als eine Selbstverständlichkeit. In aller Regel haben die Beteiligten einander zuvor nur ein **Scheingehör** gewährt. Man hat zuerst viel gesprochen, danach womöglich viel geschrieben oder schreiben lassen und ist dabei formal auch auf das Vorbringen des jeweils Anderen eingegangen, indem man physisch zugegen war, vielleicht genickt hat und sich auf das Argument des Gegenübers bezogen hat. Tatsächlich aber sind diese Zuhörersignale eingeübte Automatismen. Bei den meisten Menschen ist es so, dass sie diese Signale im Vordergrund abspulen, während sie gedanklich längst an ihrem Gegenargument feilen. Das scheinbare Zuhören ist in Wahrheit ein aneinander Vorbeireden. Denn natürlich kann keine echte inhaltliche Diskussion zustande kommen, wenn die Be-

weggründe und Denkansätze des jeweils Anderen gar keine Würdigung finden. Natürlich bringt auch ein Mediationsgespräch die Parteien nicht von einer Sekunde zur nächsten dazu, sich für den Anderen zu interessieren und sich in seine Welt einzufühlen. Aber das einander ausreden lassen und der Steigbügel der offenen Mediatorohrs verbessern die Gesprächsatmosphäre und die Kooperationsbereitschaft erfahrungsgemäß immens.

Es kann in einer Mediation Stunde um Stunde, gern auch einmal einen ganzen Tag dauern, bis der Fluss der angestauten Argumente und der angesammelten Frustration versiegt ist. Ist dieser Zeitpunkt erreicht, merken die Beteiligten das sofort. Es ist ein wenig wie am späten Nachmittag des 23. Dezember. Das Flackern geschäftiger Unruhe wird immer schwächer, bis schließlich fast plötzlich ein Zustand der **Ruhe** und Gelassenheit eintritt. Die Luft ist buchstäblich heraus. Die Mediation braucht diesen Moment, damit die Parteien in den folgenden Phasen des Verfahrens ohne verbliebenes Störgefühl konstruktiv an ihrer Zukunft schmieden können.

3.2.2.3 Interessen

In der dritten Phase des Mediationsverfahrens beschäftigen sich die Parteien mit ihren Interessen, also den abstrakten Maßstäben dafür, was sie sich für ihre Zukunft wünschen. Damit ist ein fundamentaler **Perspektivenwechsel** verbunden: Während die zweite Mediationsphase im Zeichen der Konfliktthemen, vielleicht auch Verletzungen der *Vergangenheit* stand, richtet sich der Blick nun auf die Frage, wie die Beteiligten mit den bestehenden Schwierigkeiten *künftig* umgehen können. Die Parteien lassen also die Vergangenheit, die sie ohnehin nicht mehr ändern können, hinter sich und widmen ihre Zeit der Zukunft, für die sie die entscheidenden Weichen noch stellen können. Manche Mediatoren unterstreichen diesen Perspektivenwechsel und den damit verbundenen *fresh start* dadurch, dass sie den Raum einmal durchlüften, das Licht einschalten oder den Beteiligten einen Kaffee anbieten.

Der Mediator bittet die Parteien in dieser dritten Mediationsphase darum, darüber nachzudenken, was ihnen bei der Lösung des Konflikts wirklich wichtig ist. Das kann durchaus zunächst in einer halben Stunde stiller Arbeit geschehen, in der die Parteien ihre Interessen beispielsweise individuell auf Moderationskarten notieren. In einem zweiten Schritt machen sie ihre Interessen dann für die anderen Verfahrensbeteiligten sichtbar, erläutern sie und klären Missverständnisse. Wichtig ist, dass es nicht um die Erarbeitung *gemeinsamer* Interessen, sondern um *individuelle Präferenzen und Bedürfnisse* geht. Warum gerade auch unterschiedliche Interessen für eine Einigung hilfreich sein können, lässt sich besonders gut an erbrechtlichen Verteilungskonflikten ablesen. Die Verteilung eines Nachlasses erleichtert sich enorm, wenn die Parteien unterschiedliche Präferenzen haben, etwa weil eine Erbin eher materielle Werte schätzt und eine andere Erbin vor allem Affektionsinteressen verfolgt.

Die Erforschung der Parteiinteressen ist für den Mediator insoweit eine Herausforderung, als die Beteiligten die Frage nach ihren Interessen häufig beantworten, indem sie die eingangs geäußerten Positionen wiederholen. Das kann man ihnen nicht verübeln, denn die seinerzeit in den USA entwickelte Unterscheidung zwi-

schen Positionen und Interessen⁵³ ist Laien natürlich kaum geläufig. Mediatoren brauchen hier Geduld und Kommunikationsgeschick, damit die Gesprächsmaterie nicht alsbald auf die Themen der zweiten Phase zurückfällt. Natürlich schadet es auch nicht, ein Gefühl für typische Interessenlagen zu haben. Schließlich muss der Mediator in der dritten Phase trotz der ein Stück weit abgefallenen Grundspannung und der häufig bereits fortgeschrittenen Tageszeit Gründlichkeit walten lassen. Es genügt nicht, die Parteien binnen einer halben Stunde jeweils eine Handvoll Interessen generieren zu lassen. Interessenlagen sind auch bei einfach wirkenden Fällen eigentlich **immer kompliziert**. Es braucht daher eine gehörige Portion Fingerspitzengefühl und Beharrlichkeit, um die Motivationslage der Beteiligten auch nur annähernd zu erfassen. Wer sich in der dritten Phase die Sorgfalt spart, wird dies wenig später bereuen.

Einige typische Interessen, die in erbrechtlichen Fällen immer wieder eine Rolle spielen: Finanzielle Sicherheit für die eigene Familie, Befriedigung langjähriger Erberwartungen der eigenen Familie, Anerkennung einer Nähebeziehung zur Erblasserin, Anerkennung eigener Mühe für die Pflege der Erblasserin, Erfüllung des letzten Willens der Erblasserin, Vermögen in verantwortungsvolle Hände geben, keine Zurücksetzung gegenüber gleichnah Verwandten, echtes Gehör des Verhandlungspartners, Begegnung auf Augenhöhe ...

3.2.2.4 Lösungsbausteine

Haben sich die Parteien Ihrer Interessen vergewissert, geht es in der vierten Phase der Mediation um Elemente, die Bestandteil einer Konfliktlösung sein könnten. Das Ziel ist es dabei, möglichst viele Ideen zu generieren, weil es bei einer großen **Vielfalt an Optionen** wahrscheinlicher ist, dass sich letztlich ein Lösungspaket findet, das beiden Seiten etwas bringt. Um diesen Lösungsraum möglichst weit zu eröffnen und den Ideenfluss bestmöglich zu stimulieren, hat es sich bewährt, streng zu trennen zwischen dem Erarbeiten möglicher Lösungselemente einerseits und der Auswahl der besten Lösungselemente andererseits.

Für die Entwicklung möglichst vielfältiger Lösungsideen bedarf es idealerweise einer Art **Werkstattatmosphäre**. Die Parteien haben ihren Frust zu diesem Zeitpunkt regelmäßig hinter sich gelassen und sind in der Lage, kreativ und konstruktiv zusammen nachzudenken. Der Mediator fördert dies seinerseits durch offene Fragen. Dabei knüpft er vor allem an den individuellen Interessen der Parteien an und fragt nach Lösungsideen, die diese Interessen gut verwirklichen können. Möchte eine Partei etwa ein Andenken an die Erblasserin behalten, fragt ein Mediator, wie ein solches Andenken aussehen könnte. Benötigt eine Seite dringend Liquidität, fragt der Mediator, woher diese Liquidität stammen könnte. Die Fragen sind dabei

⁵³ Siehe oben in Abschn. 3.2.2.3.

stets so formuliert, dass sie nicht auf nur eine mögliche Antwort zielen, sondern mit einer Vielzahl verschiedener Einfälle beantwortet werden kann.

Es ist in dieser Phase Aufgabe des Mediators, das oben beschriebene **Gebot der Trennung** zwischen dem *Erarbeiten* von Lösungsbausteinen einerseits und der Zusammenstellung des besten Pakets *andererseits* in der Verhandlung durchzusetzen. Das ist alles andere als einfach, weil es bei den meisten Menschen eine intuitive Gewohnheit gibt, Ideen und Vorschläge, die sie selbst betreffen, sogleich zu *beurteilen*. Und sie, wenn sie von einem Kontrahenten stammen, sogleich *abzuwerten*.⁵⁴ Eine solche Abwertung kann offen erfolgen, etwa indem eine Partei die Idee ihres Gegenübers sofort als unrealistisch abtut. Häufig verstecken sich Bewertungen aber auch in Angebotsbündeln oder Wenn-Dann-Konstruktionen, die ein Element einer möglichen Lösung von der Einigung auf einen anderen Lösungsbaustein abhängig machen. Sobald man aber beginnt, darüber zu verhandeln, ist die kreative Suche nach Lösungsideen beendet.

Die kreative Suche nach Lösungsideen kann gut und gerne einen halben oder einen ganzen Tag in Anspruch nehmen. Denn damit die Ideen greifbar werden, empfiehlt es sich in der Regel, sie ein Stück weit auszubuchstabieren, beispielsweise indem man auch über ihre steuerrechtlichen Implikationen nachdenkt. Ist der Fluss des kreativen Nachdenkens endgültig versiegt, geht es daran, die aus Sicht der Parteien **interessengerechteste Lösung** auszuwählen bzw. zusammenzustellen. Dazu kann man sämtliche auf dem Tisch liegenden Möglichkeiten evaluieren oder aber zunächst mit einem einfach zu vereinbarenden Punkt beginnen und von dort aus das Puzzle immer weiter komplettieren. Trotz der dann häufig neu gewonnenen Eintracht ist es dabei wichtig, sich die Zukunft nicht zu rosig auszumalen, sondern die Machbarkeit und Nachhaltigkeit der Lösung im Auge zu behalten.

Die Autoren dieses Buches waren einmal als Co-Mediatoren in eine erbrechtliche Auseinandersetzung involviert, bei der sich die Parteien letztlich darauf einigen konnten, dass sie beide wertmäßig gleich am Nachlass partizipieren. Allerdings sollte einer der Erben als Teil seiner Hälfte ein Grundstück erhalten, das überwiegend ausländischer Erbschaftsteuer unterlag. Da diese ausländische Erbschaftsteuer höher als die inländische Steuer ausfiel, sollte der entsprechende Wertnachteil bei der Verteilung des übrigen Vermögens berücksichtigt werden. Um dies zu berechnen, musste eine Reihe von schwierigen, teilweise hypothetischen Vorfragen beantwortet werden. Dies glückte letztlich unter Hinzuziehung einer Steuerberaterin, die die Wertungen der ausländischen Steuerbehörde prognostizierte. Der zwischen den Parteien gefundene Kompromiss hing gleichwohl stellenweise am seidenen Faden, weil jeglicher Wertnachteil einer Seite die festgelegte Nachlassverteilung sogleich wieder in Frage stellte.

⁵⁴Neale und Bazerman (1991), S. 75 ff.; Duve et al. (2019), S. 39.

Gen Ende der vierten Phase der Mediation kann es noch einmal turbulent zugehen. Die Gefahr ist besonders groß, wenn die Parteien ihre Interessen nur flüchtig ergründet haben und sich mit der Erarbeitung nur einiger weniger Lösungsideen begnügt haben. Denn dann fallen die Beteiligten leicht wieder auf die vergangenheitsgerichteten Positionen und Anspruch zurück, die den Konflikt vor dem Beginn der Mediation haben eskalieren lassen. Spätestens dann, wenn es um Zahlen geht, ist der Kooperationswille irgendwann an seinem Ende. Das liegt nicht unbedingt daran, dass die Parteien zu weiteren Konzessionen nicht bereit wären. Aber sie lassen trotz allen guten Willens doch gerne ihrem Verhandlungspartner bei Zugeständnissen den Vortritt. Weil beide Seiten so denken, kommen die Verhandlungen regelmäßig zum Stillstand, bevor eine konsensfähige Zahl gefunden ist. In diesen Fällen kann es sich anbieten, dass der Mediator mit den Parteien vertrauliche **Einzelgespräche** führt, vgl. § 2 Abs. 3 S. 3 MediationsG. Das gibt den Beteiligten Raum, mit ihrer internen Kalkulation aus der Deckung zu kommen. Mediatoren müssen bei diesen Einzelgesprächen vor allem darauf achten, sich nicht für eine Seite vereinnahmen zu lassen. Sie geben also auch hier keine Meinung zur Sache oder zur Angemessenheit von Kompromissangeboten ab. Vielmehr stellen sie auch hier vor allem reflektierende und wohlwollend kritische Fragen, die nicht selten dazu führen, dass eine Partei ihre Einschätzung der Sach- und Rechtslage von sich aus ein Stück weit revidiert und anschließend zu weiter gehenden Kompromissen bereit ist.

3.2.2.5 Abschluss des Verfahrens

In der fünften Phase findet das Mediationsverfahren letztlich seinen Abschluss. Dieser Abschluss kann ganz unterschiedlich aussehen. In den meisten Fällen gelingt es den Parteien, sich auf eine Lösung ihres Konflikts zu verständigen; dann gießen sie die Einigung in einen **Vergleichsvertrag** i. S. d. § 779 BGB. Nicht selten passiert es auch, dass der vorgesehene Zeithorizont nicht ausgereicht hat, so dass sich die Parteien auf eine Fortsetzung der Verhandlung zu einem späteren Zeitpunkt vertragen. Und natürlich kommt es auch immer wieder vor, dass eine Einigung scheitert und die Parteien im Streit auseinander gehen.

Spätestens wenn es daran geht, einen Vergleich aufzusetzen, sollten die Beteiligten in der Regel Rechtsanwälte hinzuziehen. Denn ein Vergleich gestaltet die Rechtslage regelmäßig mindestens teilweise neu und lässt zuvor bestehende streitige Ansprüche untergehen.⁵⁵ Die Parteien sollten hier wissen, worauf sie verzichten. Gemäß § 2 Abs. 6 S. 2 MediationsG müssen Mediatoren die Parteien deswegen zumindest darauf hinweisen, dass sie **Rechtsberater hinzuziehen** können. Dies empfiehlt sich natürlich auch mit Blick auf die kautelarjuristische Qualität des Vergleichsvertrags. Ohne anwaltliche Beratung müssen die Parteien damit rechnen,

⁵⁵Ausführlich Habersack (2020), § 779 Rn. 35.

dass das niedergelegte Wort den Inhalt ihrer Einigung nur unvollständig wiedergibt und dass regelungsbedürftige Aspekte womöglich keine Beachtung finden.

Unterlässt es der Mediator, die Parteien auf die Möglichkeit einer Rechtsberatung hinzuweisen, oder suggeriert er gar, den Vergleich selbst absichern zu können, hat das gravierende Folgen. Denn im Zweifel handelt es sich um eine Rechtsberatung beider Parteien, die gemäß §§ 43a Abs. 1, 4 BRAO und § 3 BORA berufsrechtswidrig⁵⁶ und nach § 356 Abs. 1 StGB als Parteiverrat strafbar ist. Zudem macht sich ein Mediator **haftbar**, wenn eine der Parteien vor diesem Hintergrund einem Vergleich zustimmt und dadurch Rechtsansprüche verliert.⁵⁷

Bisweilen macht es die Streitmaterie erforderlich, zusätzlich zu den Rechtsanwälten **weitere Personen** wie etwa einen Notar oder einen Steuerberater hinzuzuziehen. Ist ein Testamentsvollstrecker mit der Verwaltung des Nachlasses betraut, kann es sich auch empfehlen, ihn zum Abschluss der Mediation hinzuzuziehen, um die weiteren Schritte zu besprechen. Man kann diese beginnende Umsetzung des Mediationsvergleichs auch auf spätere Termine ohne Mitwirkung des Mediators verschieben. Erfahrungsgemäß ist es aber besser, den Mediationsraum mit einer niet- und nagelfesten Lösung zu verlassen, damit die erzielte Einigung nicht unter der Kritik Außenstehender anschließend noch einmal in Frage gestellt wird.

Kommt es vorläufig oder endgültig nicht zu einer Einigung der Parteien, empfiehlt es sich, das bis dahin Erreichte gleichwohl zu dokumentieren, sei es als Zwischenergebnis und Grundlage für eine spätere Fortsetzung der Verhandlung oder als Nachweis über den Nutzen des Mediationsverfahrens. Man liest häufig, dass eine Mediation gescheitert sei.⁵⁸ Das ist aber in den seltensten Fällen so. Denn auch wenn letztlich keine Einigung zustande kommt, trägt eine Mediation doch viele Früchte. Eine **Einigung ist nicht das Ziel** einer Mediation. Vielmehr geht es in der Mediation wie in jeder Verhandlung darum, dass beide Parteien auf der Grundlage möglichst vollständiger Information für sich eine Entscheidung darüber treffen können, ob ihnen das, was die Gegenseite anbietet, etwas nützt oder ob sie lieber einen Alleingang machen und womöglich gerichtliche Hilfe in Anspruch nehmen möchten.⁵⁹ Zwar liegt eine Einigung meist im Interesse beider Seiten. Aber es gibt durchaus Fälle, in denen die Einschätzungen auch am Ende eines Mediationsverfahrens so weit auseinander liegen, dass man nicht zueinander findet. Auch dann nehmen die Parteien aber viel aus der Mediation mit: Erkenntnisse über die eigene Interessenlage, ein besseres Verständnis für die Sichtweise des Verhandlungspartners und eben auch das nunmehr gut begründete Wissen, dass der gemeinsame Weg nicht der für sie richtige ist.

⁵⁶Eine Vertretung widerstreitender Interessen ist bereits dann anzunehmen, wenn jemand gegenüber beiden Parteien eine Einschätzung ihrer jeweiligen rechtlichen Erfolgsaussichten vornimmt; siehe Träger (2020), § 43a Rz. 66 ff.; Praß (2022), § 43a BRAO Rz. 165.

⁵⁷Wegweisend BGH Urt. v. 21. September 2017, IX ZR 34/17, <https://openjur.de/u/973687.html>; dazu Baumann (2018), S. 173 ff.

⁵⁸Eine google-Suchanfrage zum Keyword „mediation gescheitert“ führt zu ungefähr 1400 Treffern.

⁵⁹Bühning-Uhle et al. (2017), S. 24 ff.

Diese **Ergebnisoffenheit der Mediation** wurzelt letztlich in der Eigenverantwortlichkeit der Parteien⁶⁰ und bedeutet für den Mediator eine große Entlastung. Ein Mediator kann einen Fall auch dann erhobenen Hauptes abschließen, wenn sich die Parteien nicht einig geworden sind. Mediation ist eine Kunst, aber der Mediator stellt nur die Staffelei auf, den Pinsel führen die Parteien. Und wenn ihnen das gemeinsam gemalte Bild nicht gefällt, haben weder sie noch der Mediator einen Fehler gemacht, sondern alle Beteiligten sind um die Erkenntnis reicher, dass die Parteien andere Bilder schöner finden. Dass andere Bilder schöner sind, kann man natürlich auch schon vorab vermuten, aber die Vermutung trifft nur in einem von fünf Fällen zu, und deswegen wäre es fahrlässig, dem gemeinsamen Werk nicht zumindest eine Chance zu geben.

3.2.3 *Kosten der Mediation*

Die Chance, die die Mediation verdient hat, müssen sich die Parteien natürlich auch leisten können. Dabei gilt: Weil Mediatoren **streitwertunabhängig** vergütet werden, ist eine Mediation vor allem bei mittleren und hohen Streitwerten attraktiv. Während die Kosten von Gerichts- und Schiedsgerichtsverfahren hier immer weiter steigen, bleiben die Kosten einer Mediation weitgehend konstant. Gerade im Erbrecht als einem Bereich mit Streitigkeiten um regelmäßig große Vermögensmassen ist das – neben den nicht zu unterschätzenden nicht-monetären Vorteilen – ein gewichtiges Argument. Natürlich lassen sich durch die Wahl des Mediationsverfahrens ein Gerichtsverfahren und die damit zusammenhängenden Kosten nicht sicher vermeiden. Ökonomisch sind diese Zusatzkosten aber mit der Nicht-Einigungs-Quote in der Mediation, d. h. etwa 20 %, zu multiplizieren und fallen damit meist nicht entscheidend ins Gewicht.

Mediatoren vereinbaren für ihre Tätigkeit in der Regel ein **zeitabhängiges Honorar**. Üblich sind dabei ein Stundenhonorar zwischen 100 und 400 Euro, ein Halbtageshonorar zwischen 500 und 2000 Euro oder ein Tagessatz zwischen 1000 und 4000 Euro. Halbtages- und Tageshonorare haben den Vorteil, dass die Beteiligten typischerweise weniger auf die Uhr schauen und auch zu späterer Tageszeit noch engagiert und konstruktiv bei der Sache sind. Das Honorar fällt normalerweise nicht nur für die Dauer der Präsenzverhandlung, sondern auch für die Vor- und Nachbereitungszeit an.⁶¹ In komplexen erbrechtlichen Angelegenheiten kann eine dreitägige Präsenzverhandlung durchaus mit einer zweitägigen Vorbereitungszeit verbunden sein.

Soweit **Rechtsanwälte** an der Mediationsverhandlung teilnehmen, können diese die Geschäftsgebühr nach Nr. 2300 ff. VV RVG sowie im Falle einer Einigung auch die Einigungsgebühr nach Nr. 1000 ff. VV RVG ansetzen. Die Komplexität und

⁶⁰ Siehe oben in Abschn. 3.2.1.4.

⁶¹ Engel (2015b), Kap. 10 Rn. 27 f.

Dauer der Mitwirkung im Mediationsverfahren wird dabei oft die volle Ausschöpfung des Gebührenrahmens der Geschäftsgebühr rechtfertigen.⁶² Üblicher ist freilich die Vereinbarung eines zeitabhängigen Honorars in der Größenordnung der Vergütung des Mediators. In der Praxis ist zu beobachten, dass Anwälte mit ihren Honorarvorschläge umso mehr Zurückhaltung üben, je länger sich die Verhandlungen vor Beginn der Mediation bereits hingezogen haben. Insbesondere dann, wenn in der Rechtsberatung zuvor Fehler unterlaufen sind, die zur Eskalation der Sache beigetragen haben, sind zuweilen auch Anwälte denkbar, wenn sich die Kuh mit Hilfe eines Mediationsverfahrens vom Eis bringen lässt.

Denkbar sowohl für die Anwälte als auch für den Mediator ist schließlich ein **Erfolgshonorar**.⁶³ Aus gutem Grunde ist das aber unüblich: Anwälte möchten ihre Vergütung nicht von der Kompromissbereitschaft ihrer Mandantschaft abhängig wissen, und ein Mediator wäre nicht mehr neutral, wenn ihm ein Erfolgshonorar einen Anreiz gäbe, die Parteien nur irgendwie in einen Vergleich hineinzukomplimentieren.

Statt sich für eine mehrtägige Mediationsverhandlung mit einem Streitwert von 2 Mio. Euro ein Tageshonorar von 2000 Euro zusagen zu lassen, könnte eine Mediatorin auch ein Erfolgshonorar in Höhe von 3000 Euro pro Tag oder in Höhe von 12.000 Euro insgesamt veranschlagen, das nur fällig wäre, wenn die Verhandlung zu einer Einigung führen sollte. Man kann sich aber leicht ausmalen, zu welchen Verhaltensanreizen dies gen Ende der Verhandlung führen würde: Die Mediatorin würde alles daran setzen, die Parteien irgendwie in einen Vergleich zu bugsieren; womöglich wäre sie versucht, hart am Wind des Rechtsdienstleistungsgesetzes in Einzelgesprächen die Rechtsauffassungen der Parteien zu ihrem Nachteil zu beeinflussen. Die Parteien könnten demgegenüber selbst dann, wenn sie eigentlich einer Einigung nahe wären, das Verfahren abbrechen und die Verhandlungen ohne Hilfe der Mediatorin erfolgreich abschließen.

3.3 Die Person des Mediators

Mediation ist eine Kunst. Kunst kommt von Können. Wer sich in einer weit eskalierten Konfliktsituation für ein ihm meist unbekanntes Streitbeilegungsverfahren entscheidet, möchte sich in guten Händen wissen. Da die Tätigkeit als Mediator nach wie vor kein gesellschaftlich oder gesetzgeberisch anerkanntes Berufsfeld ist, fällt es den Beteiligten häufig nicht leicht, jemanden zu finden, dem sie eine erfolg-

⁶² Ausführlich Engel (2015b), Kap. 10 Rn. 12 ff.

⁶³ Ausführlich Engel (2015b), Kap. 10 Rn. 29.

reiche Vermittlung in ihrer Sache zutrauen. Gesucht ist jemand, der gut zuhören und exzellent kommunizieren kann, der eine Verhandlung souverän zu leiten vermag und der womöglich die Parteien auch als **Persönlichkeit** überzeugt.

Für die Suche nach einem geeigneten Mediator gibt es bei Instituten, Kammern und Verbänden eine Reihe von Listen und Datenbanken. Dort findet man Mediatoren, die ihre Dienste jeweils für bestimmte räumliche Bezirke und bestimmte Konflikttypen anbieten und dafür regelmäßig eine Gebühr an den Betreiber abführen. Die Praxisrelevanz dieser Datenbanken ist gleichwohl überschaubar. Denn die selbstformulierten und teilweise dünnen Informationen zum Hintergrund der gelisteten Mediatoren genügen vielen Konfliktparteien nicht, um Vertrauen zu fassen. Sie verlassen sich daher lieber auf **Empfehlungen** aus berufenem Munde. Entscheidend für solche Empfehlungen ist bemerkenswerterweise nicht die Zahl der abgeleiteten Ausbildungsstunden, sondern positive Erfahrungen sowie eine entsprechende Reputation im Hauptberuf.

Keine Bedeutung hat demgegenüber der 2017 geschaffene **zertifizierte Mediator** erlangt. Auf Basis von § 5 Abs. 2 und § 6 MediationsG sowie der Verordnung über die Aus- und Fortbildung von zertifizierten Mediatoren (ZMediatAusbV) können sich Mediatoren mit der Zertifizierung schmücken, wenn sie eine Mediationsausbildung im Umfang von mindestens 120 Präsenzzeitstunden absolviert, mehrere Mediationen geleitet und eine Supervision unterzogen haben und sich regelmäßig fortbilden. Als Marktstandard wird sich der zertifizierte Mediator gleichwohl kaum durchsetzen, denn die Bezeichnung knüpft eben nicht an besonderen Vermittlungsfähigkeiten, sondern nur an Ausbildungsvorgaben an. Ein echter Mehrwert ist damit nicht verbunden.⁶⁴

Ein bemerkenswertes Beispiel für einen einflussreichen Mediator ohne Zertifikat oder Verbandssiegel ist der Unternehmer Clemens Vedder, der unter anderem zwischen der Deutschen Bank und den Erben von Leo Kirch, zwischen Madeleine Schickedanz und der Bank Sal. Oppenheim oder auch im Streit zwischen Erich Kellerhals und der Metro AG.⁶⁵ Das Beispiel zeigt zum einen, dass die Mediation in Deutschland in den höchsten Etagen angekommen ist. Zum anderen ist sie Beleg dafür, dass persönliche Reputation und Empfehlungen für die Tätigkeit von Mediatoren wichtiger sind als staatliche oder verbandliche Gütesiegel. Das bedeutet nicht, dass man in einer Mediationsausbildung nicht viel an Kommunikationsfähigkeiten und Konfliktmanagementkompetenzen lernen kann. Wer sich dafür entscheidet, sollte dies aber aufgrund der Inhalte und nicht mit Blick auf den damit verbundenen Fortbildungsnachweis tun.

⁶⁴ Kritisch insofern Röthemeyer (2016), S. 195 ff.; Eidenmüller und Fries (2017), S. 23 ff.; Plassmann (2017), S. 26 ff.; Rennebarth 2017, S. 1843 ff.

⁶⁵ Siehe den Bericht unter <https://www.zeit.de/2016/53/clemens-vedder-madeleine-schickedanz-deutsche-bank-versoehnung>.

Nicht selten agieren Mediatoren in komplexeren Streitigkeiten zu zweit als gleichberechtigte **Co-Mediatoren**. Auch wenn dadurch etwas höhere Kosten anfallen, lohnt sich die Einbeziehung eines zweiten Mediators in der Regel, weil der Prozess dann schneller vorankommt. Zwei Mediatoren haben vier Hände und vier Ohren und können daher beispielsweise gleichzeitig das Gespräch führen und das Gehörte unmittelbar im Raum visualisieren. Co-Mediatoren haben dabei keine durchgängig verschiedenen Zuständigkeiten (z. B. einer kommuniziert, der andere visualisiert), sondern sie wechseln sich ab und ergänzen einander. Es versteht sich von selbst, dass sich die Mediatoren nicht jeweils von einer Seite inhaltlich vereinnahmen lassen, sondern neutral bleiben. Regelmäßig ist es sinnvoll, zwei Mediatoren mit unterschiedlichen Kompetenzen oder verschiedenen Muttersprachen zu engagieren. So agieren etwa Juristen häufig mit Psychologen oder Steuerberatern an ihrer Seite. Wichtig ist allerdings, dass die Parteien die Co-Mediatoren nicht getrennt voneinander auswählen, sondern dass die Mediatoren ein eingespieltes Team sind. Deswegen einigen sich die Parteien meist auf einen Mediator und bitten ihn darum, abhängig vom Gepräge des konkreten Falles einen ihm vertrauten Kollegen hinzuzuziehen.

Literatur

- von Bargen JM (2008) Gerichtsinterne Mediation. Mohr Siebeck, Tübingen
- Baumann A (2018) Die Haftung des Anwalts in der Mediation: Zur Pflichtenstellung von Anwaltsmediator und Parteanwalt. *SchiedsVZ* 2018:173–180
- Bebchuk LA, Roe MJ (1999) A theory of path dependence in corporate ownership and governance. *Stan L Rev* 52:127–170
- Bercher A, Engel M (2010) Richtungsentscheidungen für die Mediation in Deutschland. *JZ* 2010:226–231
- Birner M (2003) Das Multi-Door Courthouse: Ein Ansatz zur multidimensionalen Konfliktlösung. Dr. Otto Schmidt, Köln.
- Blum HC, Heuser J (2021) § 2314 Auskunftspflicht des Erben. In: BeckOGK BGB, Stand 15. Juni 2021. C. H. Beck, München
- Bühning-Uhle C, Eidenmüller H, Nelle A (2017) Verhandlungsmanagement, 2. Aufl. C. H. Beck und dtv, München
- Duve C (2008) Mediation: Der fehlende Glaube an die Eigenverantwortung. *AnwBl* 2008:605
- Duve C, Eidenmüller H, Hacke A, Fries M (2019) Mediation in der Wirtschaft. 3. Aufl. Dr. Otto Schmidt, Köln
- Eidenmüller H (2000) Prozeßrisikoanalyse. *ZZP* 113:5–23
- Eidenmüller H (2002) Hybride ADR-Verfahren bei internationalen Wirtschaftskonflikten. *RIW* 2002:1–9
- Eidenmüller H (2015) Obligatorische außergerichtliche Streitbeilegung: Eine *contradictio in adiecto*? *JZ* 2015:539–547
- Eidenmüller H (2016) Caucus-Mediation und Mediationsgesetz. *ZIP* Beilage zu Heft 22/2016:18–20
- Eidenmüller H, Engel M (2013) Die Schlichtungsfälle: Verbraucherrechtsdurchsetzung nach der ADR-Richtlinie und der ODR-Verordnung der EU. *ZIP* 2013:1704–1710
- Eidenmüller H, Fries M (2017) Entwicklung und Regulierung des deutschen Mediationsmarktes: Zur Verordnung über die Aus- und Fortbildung von zertifizierten Mediatoren. *AnwBl* 2017:23–26

- Engel M (2012) Transatlantische Impulse für die Beilegung von Rechtsstreitigkeiten. *AnwBl* 2012:13–17
- Engel M (2015a) Außergerichtliche Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten – Mehr Zugang zu weniger Recht. *NJW* 2015:1633–1637
- Engel M (2015b) Kapitel 10: Kosten der Mediation. In: Eidenmüller H und Wagner G (Hrsg), *Mediationsrecht*. Dr. Otto Schmidt, Köln
- Engel M, Hornuf L (2011) Vexierbild Richtermediation: Eine Studie zur Wahrnehmung verschiedener Mediationsformen in Deutschland. *ZZP* 124:505–518
- Fisher R, Ury W, Patton B (2011) *Getting to yes: negotiating an agreement without giving in*, 3. Aufl. Penguin, New York
- Fries (2018) Digitalisierung der Streitbeilegung. <https://youtu.be/eUzgG2aQp0M>. Zugegriffen am 01.09.2022
- Fries M (2016) *Verbraucherrechtsdurchsetzung*. Mohr Siebeck, Tübingen
- Fries M, Lenz-Brendel N, Roglmeier J (2018) Mediation in Erbstreitigkeiten. *ZErB* 2018:53–59
- Fritz R, Fritz E (2011) Richter als gerichtsinterne Mediatoren. *FPR* 2011:328–334
- Glasl F (2017) *Konfliktmanagement*. Haupt, Bern
- Greger R (2006) Güterichter – ein Erfolgsmodell. *ZRP* 2006:229–230
- Greger R (2007) Justiz und Mediation – Entwicklungslinien nach Abschluss der Modellprojekte. *NJW* 2007:3258–3262
- Habersack M (2020) § 779 Begriff des Vergleichs, Irrtum über die Vergleichsgrundlage. In: *MünchKommBGB*, 8. Aufl. C. H. Beck, München
- Hacke A (2016) Ein neues Modell der Wirtschaftsmediation: Anregungen aus der Praxis. *ZKM* 2016:168–173
- Hagel U (2011) Der Unternehmensjurist als Risikomanager – Die mysteriöse Welt von Risikoanalysen und Entscheidungsbäumen. *SchiedsVZ* 2011:65–75
- Hess B (2011) Perspektiven der gerichtlichen Mediation in Deutschland. *ZZP* 124:135–162
- Lange KW (2022) § 2314 BGB Auskunftspflicht des Erben, 9. Aufl. C. H. Beck, München
- Liebowitz S, Margolis SE (1995) Path dependence, lock-in, and history. *J L Econ Org* 11:205–226
- Müller-Engels G (2022) § 2314 Auskunftspflicht des Erben. In: *BeckOK BGB*, Stand 1. Mai 2022. C. H. Beck, München
- Neale MA, Bazerman MH (1991) *Cognition and rationality in negotiation*. Free Press, New York
- Plassmann M (2017) „Zertifizierung light“ – Verbraucher und Mediatoren in der Zertifizierungsfalle? *AnwBl* 2017:26–33
- Praß J-P (2022) § 43a Grundpflichten. In: *BeckOK BRAO*, Stand 1. August 2022. C. H. Beck, München
- Prütting H (2009) Ein Schritt in die falsche Richtung. *DRiZ* 2009:361
- Prütting H (2011) Ein Plädoyer gegen Gerichtsmediation. *ZZP* 124:163–172
- Rennebarth E (2017) Aus- und Fortbildung von zertifizierten Mediatoren nach der *ZMediatAusbV* unter Berücksichtigung des Evaluationsberichts zum Mediationsgesetz. *DStR* 2017:1843–1847
- Risse J (2012) Das Mediationsgesetz – Eine Kommentierung. *SchiedsVZ* 2012:244–254
- Risse J, Bach I (2011) Wie frei muss Mediation sein? – Von Politik, Ideologie, Gesetzgebern und Gerichten. *SchiedsVZ* 2011:14–20
- Roe MJ (1996) Chaos and Evolution in Law and Economics. *Harv L Rev* 109:641–668
- Röthemeyer P (2016) Die Zertifizierung nach der *ZMediatAusbV*. *ZKM* 2016:195–204
- Sabahi B, Rubins ND, Wallace D (2019) *Investor-State Arbitration*, 2. Aufl. Oxford University Press, Oxford
- Sander FEA (1976) Varieties of dispute processing. *Fed Rul Dec* 70:111–133
- Schmitt SM (2015) Branchenschlichtungsverfahren (Ombudsman der öff. Banken) – (k)eine Alternative: keine Verbesserung durch ADR-Richtlinie RL 2013/11/EU. *VuR* 2015:134–139
- Seibert M-J (2008) Mediation in der Verwaltungsgerichtsbarkeit: Erfahrungen und Überlegungen zu einer alternativen Streitbeilegung. *NVwZ* 2008:365–370
- Steffek F (2013) Rechtsfragen der Mediation und des Güterichterverfahrens – Rechtsanwendung und Regulierung im Spiegel von Rechtsvergleich und Rechtstatsachen. *ZEuP* 2013:528–564

- Stubbe C (2009) Konfliktmanagement – bedarfsgerechte Streitbeilegungsinstrumente. SchiedsVZ 2009:321–326
- Träger M (2020) § 43a Grundpflichten. In: Weyland, Bundesrechtsanwaltsordnung, 10. Aufl. C. H. Beck, München
- Wimmer R, Wimmer U (2007) Verfassungsrechtliche Aspekte richterlicher Mediation. NJW 2007:3243–3247

Open Access Dieses Kapitel wird unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz (<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>) veröffentlicht, welche die Nutzung, Vervielfältigung, Bearbeitung, Verbreitung und Wiedergabe in jeglichem Medium und Format erlaubt, sofern Sie den/die ursprünglichen Autor(en) und die Quelle ordnungsgemäß nennen, einen Link zur Creative Commons Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen vorgenommen wurden.

Die in diesem Kapitel enthaltenen Bilder und sonstiges Drittmaterial unterliegen ebenfalls der genannten Creative Commons Lizenz, sofern sich aus der Abbildungslegende nichts anderes ergibt. Sofern das betreffende Material nicht unter der genannten Creative Commons Lizenz steht und die betreffende Handlung nicht nach gesetzlichen Vorschriften erlaubt ist, ist für die oben aufgeführten Weiterverwendungen des Materials die Einwilligung des jeweiligen Rechteinhabers einzuholen.





Die Erfahrungen mit der Mediation im **Familienrecht** zeigen, dass sich Verfahren der konsensualen Konfliktlösung durchaus als mindestens gleichwertige Alternative neben dem klassischen Gerichtsverfahren etablieren können. Das Familienrecht hat in Deutschland seit langem eine Vorreiterrolle für die Nutzung formaler Mediation und mediativer Ansätze eingenommen. Bereits seit den 1980er-Jahren besteht in diesem Bereich großes Interesse an der Mediation mit entsprechend steigenden Fallzahlen.¹ Auch wenn keine offiziellen Statistiken dahingehend vorliegen, wie viele Familienkonflikte jährlich durch Mediation gelöst werden und wie viele Gerichtsverfahren sich dadurch vermeiden oder beenden lassen, besteht kein Zweifel daran, dass sich Mediation als Konfliktlösungsmechanismus im Familienrecht durchsetzen konnte und die Parteien damit gute und tragfähige Ergebnisse damit erzielen.²

Die Konfliktlagen im Erbrecht sind in vielerlei Hinsicht sehr ähnlich, gleichwohl lohnt ein näherer Blick: Was sind die besonderen Charakteristika eines Erbstreits, die ihn für eine Konfliktlösung durch Mediation geradezu prädestinieren? Der anwaltliche Rat, einen Mediationsversuch zu wagen, sollte nicht Ausdruck persönlicher Präferenz oder Lebensanschauung, sondern Folge einer **konkreten Nutzenerwartung** aus der Warte des Mandanten sein. Anders gewendet: Wer als Anwalt seiner Mandantin zur Mediation rät, muss gute Gründe dafür nennen können, weswegen die Mandantin auf diesem Wege wahrscheinlich besser fährt. Gleichzeitig gilt: Wer als Anwalt seiner Mandantin die Möglichkeit einer Mediation unterschlägt oder sogar explizit davon abrät, sollte zuvor ergebnisoffen geprüft haben, was deren Erfolg im konkreten Fall so unwahrscheinlich macht. Bei der Wahl zwischen Gerichtsprozess und Mediation gehört es zur anwaltlichen Pflicht, Prozessrisiken kri-

¹ Perleberg-Kölbel und Burandt (2015), S. 711.

² Kloster-Harz (2021), Kap. 20 Rn. 6; Montada (2004), S. 182.

tisch zu würdigen, die Mandantin darüber transparent zu informieren und insbesondere risikoaversen Mandanten auch alternative Wege zu einem vergleichsweise sicheren Verhandlungserfolg zu weisen.³

4.1 Befriedigung eines breiten Interessenspektrums

Das Spektrum der Parteiinteressen ist in erbrechtlichen Fällen außerordentlich vielfältig. Hinter der durch die rechtsförmige Konfliktbearbeitung entstandenen Rechtsposition verbirgt sich regelmäßig eine Fülle von Wünschen und Bedürfnissen, die den Parteien ebenso wichtig oder sogar noch wichtiger sind als die materiellen Werte, die sich mit der Durchsetzung rechtlicher Ansprüche realisieren lassen. Um diese Interessen fruchtbar zu machen, braucht es ein Verfahren wie die Mediation, das erst einmal den Blick auf diese Motivlagen freigibt. Denn erst der unverstellte Blick auf ihre Interessen liefert den Parteien eine gute Begründung, ihre regelmäßig bereits energisch zementierten Rechtspositionen gesichtswahrend aufzugeben.

4.1.1 Prozedurale Interessen

Eine erste Kategorie von Interessen betrifft nicht das Verfahrensergebnis, sondern das Verfahren selbst. Einer der bekanntesten Soziologen des 20. Jahrhunderts, *Niklas Luhmann*, hat seinerzeit das Bewusstsein dafür geprägt, dass sich ein Verhandlungsergebnis nicht nur aus sich selbst heraus rechtfertigen kann, sondern bisweilen allein deswegen überzeugt, weil die Beteiligten *den Weg dorthin* als sachgerecht empfunden haben.⁴ Nicht ohne Grund steht der Grundsatz des **fair trial** weltweit im Zentrum fast jeder Verfahrensordnung.⁵ Denn wenn die Parteien das Verfahren als geordnet und neutral erleben, überträgt sich dies auf die Akzeptanz der so gefundenen Lösung, selbst wenn diese in mancherlei Hinsicht von den ursprünglichen Erwartungen abweicht.

³Die Rechtsprechung verlangt Anwälten ab, ihren Mandanten den sichersten Weg zur Verwirklichung seiner Ziele zu weisen; so zuerst RG Urt. v. 15. Mai 1936, III 273/35, juris, seither ständige Rechtsprechung des BGH, vgl. etwa BGH Urt. v. 14. Februar 2019, IX ZR 181/17, <https://openjur.de/u/2136021.html>. Dieses Gebot greift freilich insoweit zu kurz, als Mandanten in aller Regel nicht nur eines, sondern mehrere Ziele verfolgen, die teilweise einander ausschließen; daher kann es nur um eine Empfehlung des Weges mit dem insgesamt höchsten Erwartungswert gehen; ausführlich dazu Engel (2010), S. 232 ff. m. w. N.

⁴Luhmann (1983), passim.

⁵Eine gesetzliche Grundlage findet das fair-trial-Prinzip beispielsweise in Art. 6 EMRK und in Art. 20 Abs. 3 GG.

Beispiel

Ein besonders eindrucksvolles Beispiel hat einer der Verfasser einmal in einem Streit um ein Millionenerbe erlebt, der pikanterweise noch zu Lebzeiten der Erblasserin stattfand. Eine beinahe 100 Jahre alte Dame wollte ihr Erbe neu regeln. Sie hatte allerdings Jahre zuvor bereits ihren jungen Nachbarn gegen Gewährung von Wart und Pflege erbvertraglich zum Erben bestimmt. Dieser sah wenig Anlass, sie aus dieser Bindung zu entlassen. Am Abend des ersten Mediationstags deutete sich an, dass ein zweiter Mediationstag erforderlich werden könnte. Die Protagonistin war allerdings schon deutlich milder gestimmt, nachdem sich der Begünstigte im Rahmen der Mediation einen Tag lang konstruktiv mit ihr unterhalten hatte. Auf ihre Frage, wie sich eine Lösung womöglich noch am selben Tag ermöglichen lasse, schlug die Co-Mediatorin eine sog. *final-offer arbitration* vor.

In einer *final-offer arbitration* schreiben beide Seiten verdeckt ihre letzten Angebote nieder, und auch der neutrale Dritte notiert sich einen aus seiner Sicht fairen Kompromissvorschlag. Es gewinnt sodann dasjenige *Parteiangebot*, das dem Vorschlag des neutralen Dritten am nächsten ist.⁶ Wenn man ein solches Verfahren in eine Mediation integriert, verlässt der Mediator natürlich die Rolle einer Person, die sich jeglicher Bewertung enthält. Im konkreten Fall erschien dieser Wechsel in ein Hybridverfahren aber sinnvoll.⁷

Was geschah im konkreten Fall: Der Einigungsvorschlag der Mediatoren lag deutlich näher beim Angebot des jungen Nachbarn, also galt dessen Vorschlag. Die alte Dame hatte gespielt und verloren – im Vergleich zu ihrem letzten Angebot hatte sie knapp eine Million aus der Hand gegeben. Kurioserweise störte sie das wenig, denn sie hatte ganz bewusst auf Risiko gesetzt. Das *Ergebnis* war für sie offenbar zweitrangig, weil das *Verfahren* gestimmt hatte.

4.1.1.1 Echtes Gehör

Konflikte werden üblicherweise wortreich angegangen und ausgetragen. Die Beteiligten führen einen Redewettstreit, liefern sich ein Argument nach dem anderen und untermauern ihre Sicht der Dinge mit einem Haufen guter Gründe. Schon im Schulunterricht lernt man, Problemlagen zu erörtern und eine Argumentationskaskade möglichst überzeugend zu strukturieren. Alles soll auf einen zwingenden logischen

⁶Weiterführend Walz (2003), S. 120 ff.

⁷Ausführlich zu Hybridverfahren Abschn. 3.1.2.5.

Schluss hinaus laufen, damit dem Adressaten kaum etwas anderes übrig bleibt, als dem Redner auf ganzer Linie Recht zu geben. Diese Strategie hat aber einen entscheidenden Haken: Die meisten Menschen hören überhaupt nicht zu, wenn ein Kontrahent sie zu überzeugen versucht. Sie nutzen die Zeit lieber, um ihr eigenes Antwort-Statement gedanklich vorzubereiten. Weil beide Parteien so handeln, sind intuitiv geführte Verhandlungen meistens völlig unproduktiv. Das buchstäbliche **Aneinander-Vorbeireden** frisst nur Zeit und führt zu Frustration, weil sämtliche Überzeugungsversuche fehlschlagen.

Nicht selten wird diese gleichsam *gehörlose* Kommunikation dadurch kaschiert, dass beide Seiten kurze Antworthülsen verwenden, die Zuhören und Verständnis signalisieren sollen.⁸ Es handelt sich dabei aber um ein **Schein-Zuhören**, das mit echtem Gehör nichts zu tun hat. Die meisten Menschen sind durchaus in der Lage, kurze Verständnislauter zu artikulieren und dabei doch gedanklich am eigenen Gegenargument zu feilen. In der Verhandlungs- und Mediationspraxis erkennt man das unter anderem daran, dass jemand keine Verständnisfragen stellt, sondern auf einen Diskussionsbeitrag seines Gegenübers mit einem Statement antwortet, das üblicherweise mit dem Wort *Aber* beginnt.

Ziel eines Mediators ist es demgegenüber, **echtes gegenseitiges Gehör** zwischen den Parteien zu ermöglichen. Das gelingt einerseits dadurch, dass man sich in einer Mediation bewusst so viel Zeit für die Verhandlung nimmt, dass auch Zeit zum echten Zuhören bleibt. Zum anderen nimmt der Mediator eine Brückenfunktion wahr: Er hört den Parteien seinerseits zu, stellt klärende und interessierte Fragen und erleichtert damit das Verständnis der jeweils anderen Seite.

Die Praxis zeigt, dass die Parteien am Beginn einer Mediationsverhandlung häufig schon seit Monaten oder sogar Jahren einander nicht mehr zugehört haben. Spätestens mit der Hinzuziehung von Anwälten ist das direkte Gespräch zwischen den Beteiligten regelmäßig verstummt. Wenn sich dies in einer Mediation wieder ändert, sorgt dies bei den Parteien meist für eine spürbare Erleichterung, auch wenn ihnen meist gar nicht klar ist, woher diese rührt.

4.1.1.2 Schnelles Verfahren

Ein zweites Bedürfnis, das die Mediation mit Blick auf das Verfahren erfüllt, bezieht sich auf die Dauer der Auseinandersetzung. Die anwaltliche Erfahrung zeigt, dass viele Mandanten die juristische Auseinandersetzung mit einer gewissen **Streitlust** beginnen, dass diese Begeisterung aber mit der fortdauernden emotionalen Belastung schon nach wenigen Monaten erlahmt, sich teilweise sogar in ihr Gegenteil verkehrt. Die meisten Menschen unterschätzen den Aufwand, der mit einem formel-

⁸ Beispiele hierfür sind Ausrufe wie „Aha!“, „Verstehe!“, „Mmmh!“ oder teilweise auch „Okay!“.

len Rechtsdurchsetzungsverfahren verbunden ist. Das gilt besonders im Erbrecht als einer Materie, wo in der Regel nicht Unternehmer, sondern Privatleute streiten, die das Streiten nicht gewohnt sind und persönliche Angriffe nicht an sich abperlen lassen können.

Die Auseinandersetzung eines Nachlasses kann sich sowohl im außergerichtlichen Verfahren wie auch im Prozess über viele Monate oder sogar Jahre erstrecken. Die formelle Auflistung des Nachlassbestands, die Einholung von Wertgutachten und die Verhandlungen über die Verteilung ziehen sich trotz guten Willens der Beteiligten fast notwendig in die Länge. Das liegt vor allem an der gestreckten Kommunikation, denn diese lädt geradezu dazu ein, sich in der Sache festzulegen, bevor die Entscheidungsgrundlage ausreichend aufgearbeitet ist. Auch eine Mediation kann die Einbeziehung von Gutachtern und den Streit um einzelne, entscheidende Positionen nicht verhindern. Das Gespräch in einer gemeinsamen, *en bloc* durchgezogenen Präsenzverhandlung fördert allerdings die zügige Klärung von Missverständnissen und den Fokus auf die wirklich problematischen Aspekte. Vor allem aber vermeidet eine Mediation unnötigen Zeitverlust: Die Verhandlung lässt sich in der Regel mit wenigen Wochen Vorlauf terminieren und dann binnen zwei bis drei Tagen abschließen. Das ist ein buchstäblich nur ein **Bruchteil der Zeit**, die die Erben und Pflichtteilsberechtigten üblicherweise aufwenden müssen, um die Nachlassangelegenheit zu erledigen. Zudem zeigt die Erfahrung, dass die Parteien erbrechtlicher Streitigkeiten die Verfahrensergebnisse wesentlich zügiger und vollständiger umsetzen, wenn ihnen diese nicht per Urteil oder durch richterlichen Vergleichsdruck aufgezwungen wurden, sondern sie diese in freier Entscheidung selbst gemeinsam erarbeitet und konsentiert haben.⁹

In der Beratungspraxis spielt der Zeitfaktor überraschenderweise eine untergeordnete Rolle. Das führt dazu, dass die Parteien bei Meinungsverschiedenheiten häufig nicht sofort eine Mediation erwägen, sondern diesen Weg erst dann beschreiten, wenn das Kind schon halb in den Brunnen gefallen ist und die Parteien bereits viel Zeit verschenkt haben. Gleichwohl gilt natürlich auch hier: Besser spät als nie! Besser ein verfahrenes Verfahren durch einen neuen Ansatz sanieren als der schlechten Zeit noch gute hinterherwerfen.

4.1.1.3 Geringer emotionaler Aufwand

Wer einen Rechtsstreit führt, investiert nicht nur Zeit, sondern auch Nerven. Was für die beteiligten Rechtsanwälte Routine ist, erweist sich für die Parteien selbst als unverhofft schwere Bürde. Das liegt nicht nur daran, dass sich der Konflikt mit dem Gegenüber in die Länge zieht, sondern auch daran, dass Privatpersonen der **Kon-**

⁹Krampen (2010), S. 199.

takt zu Organen der Rechtspflege regelmäßig sehr unangenehm ist. Als Beteiligte eines Zivilrechtsstreits wännen sie sich mitunter schon mit einem Bein im Gefängnis, weil sie „vor Gericht sind“. Die Rechtssoziologie hat früh darauf hingewiesen, dass historische Gerichtsgebäude ganz bewusst so gebaut sind, dass sie die Beteiligten eines Rechtsstreits beeindrucken, womöglich sogar einschüchtern.¹⁰

Je mehr sich demgegenüber das Augenmerk weg von Anwälten und Gerichten und hin zu einem konstruktiven Gespräch mit dem Gegenüber verschiebt, umso geringer empfinden die Parteien die mit der Verhandlung verbundene emotionale Belastung. In der Praxis der Mediation ist es regelmäßig zu beobachten, dass eine spürbare Erleichterung eintritt, wenn die Parteien unter Vermittlung des Mediators wieder wagen, einander in die Augen zu schauen. Das kostet große Überwindung, aber der Mut zahlt sich aus. Spätestens wenn es einer Seite gelingt, sogar eine **Entschuldigung** auszusprechen, findet die Verhandlung wieder in ein konstruktives Fahrwasser zurück.¹¹ Der Grund dafür ist simpel: Wer sein Bedauern ausdrückt, zeigt Empathie für den Anderen und Souveränität im Verfahren und gewinnt dadurch die zuvor an juristische Institutionen delegierte Entscheidungshoheit zurück. Gerade in erbrechtlichen Konflikten sind es häufig kleine Unachtsamkeiten oder Missverständnisse, die kurz nach dem Tod des Erblassers eine ganze Kaskade von gegenseitigen Vorwürfen in Gang gesetzt haben. Die Betroffenen kennen diesen Streittrigger meistens sehr genau. Ein Wort des Bedauerns über den eigenen Beitrag zum ersten Missverständnis kann hier Wunder wirken.

4.1.1.4 Wertverteilung auf Basis objektiver Kriterien

Ein viertes typisches prozedurales Interesse liegt in der Anwendung objektiver Kriterien bei der Verteilung materieller Werte. Wenn mehrere Miterben den Nachlass untereinander aufteilen müssen, ist ihnen regelmäßig nur vordergründig daran gelegen, ganz bestimmte Gegenstände aus dem Nachlass zu erhalten. Hinter diesen Positionen steht regelmäßig das Interesse, ihre Präferenzen äußern zu dürfen und nachvollziehbare und als fair wahrgenommene Kriterien für die Güteraufteilung anzuwenden. Mit anderen Worten: Es geht nicht darum, einen unfair überhöhten Anteil am Nachlass zu erhalten, sondern darum, von den Miterben nicht über den Tisch gezogen zu werden.

Der US-amerikanische Verhandlungsklassiker *Getting to Yes* empfiehlt den Teilnehmern einer Verhandlung vor diesem Hintergrund, auf dem Einsatz objektiver Verteilungskriterien zu bestehen.¹² Die Umsetzung dieses Ratschlags ist in einer

¹⁰ So etwa Ison (1972), S. 19.

¹¹ Daher das entschiedene Plädoyer von Cohen (1998/1999), S. 1009 ff., Anwälte sollten ihren Mandanten regelmäßig proaktiv zu einer Entschuldigung raten. Zu einem materiell-rechtlichen Anspruch auf eine Entschuldigung lesenswert Schmolke (2022), S. 340 ff.

¹² Fisher et al. (2011), unter II. 5.

bilateralen Verhandlung einigermaßen anspruchsvoll, gelingt aber mit Hilfe eines Mediators regelmäßig gut. Versierte Mediatoren haben ein Gespür für Verteilungskriterien, die die Parteien typischerweise als fair ansehen. Ein Beispiel hierfür ist der **Erblasserwille**. Jedenfalls dann, wenn an der Verhandlung keine Pflichtteilsberechtigten, sondern ausschließlich Miterben beteiligt sind, ist es extrem selten, dass sich diese nicht darauf verständigen können, die Aufteilung nach den Vorstellungen des Erblassers vorzunehmen. Natürlich herrscht nicht immer Klarheit darüber, was der Erblasser tatsächlich im Sinn hatte. Aber im Werkzeugkoffer eines Mediators befinden sich einige Instrumente, mit denen sich der Wille des Erblassers ohne die Verfestigung auf juristische Positionen kreativ ermitteln lässt.

Beispiel

Ein probates Werkzeug zur Ermittlung des Erblasserwillens ist ein räumlich vollzogener Rollenwechsel. Rollenwechselübungen sind ein in Verhandlungsvorbereitung und Mediation häufig genutzter Ansatz, um die Empathie der Beteiligten füreinander zu fördern. Dabei setzen sich die Parteien buchstäblich auf den Stuhl ihres Gegenübers und kommen unter Anleitung des fragenden Mediators ins Nachdenken darüber, wie sich der Konflikt wohl aus der Lage ihres Verhandlungspartners darstellt. Das räumliche Hineinversetzen in die Haut des Anderen und das bewusste Loslassen der eigenen Perspektive fördert das Verständnis für das Verhalten des Verhandlungspartners.¹³

Diese Übung lässt sich nun im Erbrecht in einer besonders einfach anzuwendenden Variante nutzen. Dazu stellt der Mediator einen leeren Stuhl in eine Ecke des Raumes und instruiert die Parteien, dass dies der Stuhl des Erblassers sei. Anschließend nehmen die Parteien nacheinander auf dem Stuhl Platz und versuchen zu erraten, was der Erblasser sagen würde, wenn er an der Mediationsverhandlung teilnähme. In der Regel gelingt es den Betroffenen sogleich, sich in den Erblasser hineinzuversetzen und seine Meinung zu artikulieren. Üblicherweise kann man sich schnell darauf einigen, dass der Erblasser keinen Streit zwischen seinen Nachfahren wollte. Der Mediator kann aber auch tiefer fragen und die mutmaßlichen Interessen des Verstorbenen in den Blick nehmen. Daraus lassen sich Anhaltspunkte schöpfen, welche Verteilungskriterien später eine Rolle spielen könnten.

Als Mediator muss man damit rechnen, dass diese Übung intensive Emotionen freisetzt. Der Gedanke, der Verstorbene könne seine Nachfahren hier sitzen und streiten sehen, lässt die Betroffenen meist nicht

¹³Duve et al. (2019), S. 171.

kalt. In dieser Situation ist es die Aufgabe des Mediators, die Emotionen zuzulassen, sie als normal einzuordnen und die Verhandlung womöglich für einen Moment zu unterbrechen, um den Beteiligten eine Verschnaufpause zu gewähren. Insgesamt kann es für die Verhandlung sehr förderlich sein, wenn Emotionen zum Ausdruck zu kommen. Denn Emotionen setzen auch Spannung frei und führen in der Regel dazu, dass die Parteien die Verhandlung anschließend ruhiger, vielleicht sogar auch eine Spur demütiger fortsetzen.

Man kann die Stuhlwechselübung in fast beliebiger Form variieren. Denkbar ist zum Beispiel, einen „Zeitstuhl“ zu bestimmen, auf den die Situation eines Beteiligten vor zehn Jahren oder in fünf Jahren projiziert wird. Der Mediator mag die Parteien beispielsweise fragen, wie sie in fünf Jahren auf die heutige Verhandlung zurückschauen werden und was ihnen im Nachhinein wichtig gewesen sein könnte. Auch können beliebige weitere Personen, die an der Verhandlung nicht unmittelbar teilnehmen, gedanklich auf dem Stuhl Platz nehmen, beispielsweise die Ehegatten der Parteien, die am heimischen Küchentisch ihren eigenen Blick auf die Verhandlung haben. Der Rundumblick auf diese indirekt von der Konfliktlösung betroffenen Menschen eröffnet neue Perspektiven und schafft in aller Regel eine bessere Ergebnisakzeptanz.

4.1.2 Ergebnisinteressen

Neben den prozessbezogenen Interessen der Konfliktparteien gibt es eine Reihe von ergebnisbezogenen Bedürfnissen, die in Erbstreitigkeiten typischerweise eine Rolle spielen. Ein guter Mediator wird sich selbstredend nicht damit begnügen, den Verfahrensrahmen interessengerecht auszugestalten, sondern er wird auch versuchen, die Verteilung materieller Werte so zu steuern, dass die Parteien möglichst viel von dem erhalten, was ihnen wichtig ist.

4.1.2.1 Geld und Eigennutz

Das im Vorfeld der Verhandlung sichtbarste Ziel der Streitparteien liegt in der Regel darin, möglichst viel materiellen Wert aus dem Verfahren mitzunehmen. Dieses Ziel manifestiert sich in juristisch begründeten Forderungen, die die anwaltlichen Begleiter schriftsätzlich ausgetauscht haben: Vielen Betroffenen geht es zunächst darum, unter Beteiligung möglichst weniger Miterben eine möglichst hohe Erbquote zu realisieren bzw. als Pflichtteilsberechtigter den Nachlasswert möglichst hoch

anzusetzen, um daraus eine möglichst hohe Geldforderung ableiten zu können. Dieses Streben nach Eigennutz ist menschlich und verdient keine moralische Kritik. Der Blick darauf bleibt gleichwohl unvollständig, wenn man sich die Frage spart, welchen konkreten Nutzen die erstrebten materiellen Werte für die Streitbeteiligten haben. In der Regel ist nämlich der Wunsch nach materiellen Werten im Sinne der bereits erwähnten Kategorisierung von *Fischer* und *Ury*¹⁴ eine Position und kein echtes Interesse.

Was also ist der tiefere Grund dafür, weswegen die Streitparteien so häufig auf bestimmten materiellen Positionen beharren? Mediatoren lösen dieses Rätsel regelmäßig mit einfachen Fragen auf: Welche Bedeutung hat die Teilhabe an dem Unternehmen Ihrer verstorbenen Mutter für Sie? Was werden Sie mit der ererbten Wohnung machen, wenn sich herausstellen sollte, dass das Nießbrauchsvermächtnis tatsächlich unwirksam ist? Wenn Sie letztendlich Ihren Pflichtteil ausgezahlt erhalten, wozu werden Sie das Geld dann einsetzen? – Solche Fragen lenken das Gespräch von festgefahrenen Positionen, die zum Teil nur um der eigenen Gesichtswahrung willen weiter aufrechterhalten werden, hin zu Plänen für die Zukunft. Dieser Perspektivenwechsel ist für eine konstruktive Verhandlung von elementarer Bedeutung, weil man die Zukunft im Unterschied zur Vergangenheit in der Gegenwart noch gestalten kann. In einem sachlichen Mediationsgespräch über den konkreten Unterschied, den die Wirksamkeit einer letztwilligen Verfügung oder die Höhe einer Auszahlung für das Leben eines Betroffenen macht, stellt sich regelmäßig heraus, dass es mehr als eine Lösung gibt, mit der die Beteiligten gut leben können. Gleichzeitig öffnet sich ein Raum für Kompromisse jenseits der im materiellen Recht vorgesehenen Rechtsfolgen. Geht es etwa der Alleinerbin um kurzfristige finanzielle Stabilität, der Pflichtteilsberechtigten hingegen um bestimmte Nachlassgegenstände, auf die sie mit dem reinen Geldanspruch des § 2303 BGB eigentlich keinen Zugriff hätte, so legt der Blick auf die Interessen der Parteien unmittelbar den Blick auf Lösungen frei, die die Auszahlung des Pflichtteilsanspruchs im Interesse der Erbin teilweise verzögern, dafür aber der Pflichtteilsberechtigten bestimmte Gegenstände zukommen lassen, die für sie sonst unerreichbar wären.

Dieses durch Interessen motivierte gegenseitige Nachgeben kann einen wichtigen Beitrag dazu leisten, dass Vermögenswerte nicht zum Schaden aller Beteiligten unter Wert veräußert werden müssen. Insbesondere in dem häufigen Fall, in dem eine Immobilie den wesentlichen Vermögensgegenstand der Erblasserin darstellt, führt ein **Verkauf unter Zeitdruck**, zur Unzeit oder im Rahmen einer Teilungsversteigerung häufig zu ungünstigen wirtschaftlichen Konditionen. Um dies zu vermeiden, brauchen Erben die Zustimmung der Pflichtteilsberechtigten, weil sie diese häufig nicht aus anderweitigen liquiden Mitteln zeitnah abfinden können.

¹⁴ Fisher et al. (2011), unter II. 3.

Es passiert nicht gerade selten, dass sich zwei Miterben mit Blick auf einen bestimmten Nachlassgegenstand oder im Hinblick auf eine kleine Restsumme nicht einigen können, auch wenn diese nur einen kleinen Teil des Gesamtnachlasses ausmacht. Man ist sich zu 95 % einig, aber der letzte Mosaikstein für eine einvernehmliche Beilegung des Rechtsstreits fehlt, weil keiner den letzten Schritt gehen will. Fragt man genauer nach, erfährt man als Mediator regelmäßig, dass es den Parteien hier weniger um den materiellen Wert der letzten streitigen Nachlassposition geht. Vielmehr haben meist beide den Eindruck, im bisherigen Prozess schon viele Zugeständnisse gemacht zu haben, und möchten sich nun auf die letzten Meter nicht von ihrem Gegenüber über den Tisch ziehen lassen. Gemünzt auf ihre Interessen: Es geht nicht so sehr um materielle Werte, sondern um gleichmäßige bzw. gerechte Verteilung. Ist aber der letzte Mosaikstein nicht teilbar, so kann eine salomonische Lösung etwa darin liegen, diesen letzten kleinen Teil des Nachlasses an einen Dritten zu geben, dem beide Parteien wohlgesonnen sind. Gerade bei großen unternehmerischen Nachlässen gibt es häufig im familiären Umfeld eine vom Erblasser nicht bedachte Person, die das Geld besser gebrauchen kann als die Parteien. Oder es gibt eine Stiftung oder eine andere wohltätige Organisation, der beide Parteien wohlwollend gegenüberstehen. In der Mediationspraxis der Autoren sind gen Ende einer Mediation schon beachtliche Summen für solche respektierte Dritte vorgesehen worden. Es klingt ein wenig paradox: Man beendet einen Streit, indem man die Streitsache einfach weggibt.

4.1.2.2 Risikobegrenzung

Welche materiellen Werte sich in einem Erbstreit realisieren lassen, lässt sich *ex ante* nicht sicher beurteilen. Womöglich lassen sich die eigenen Wünsche und Vorstellungen umfassend durchsetzen, womöglich geht man aber auch gänzlich leer aus. Das ist für ein Konfliktlösungsverfahren bedeutsam, denn die meisten Menschen sind keine Spielernaturen, sondern streben nach Sicherheit und Stabilität. Sie ziehen einen sicheren Betrag von 100.000 Euro einer 50 %igen Chance auf 220.000 Euro vor, auch wenn der rein monetäre Erwartungswert der letzteren Option höher ist. Kurioserweise sind die meisten Menschen aber nicht besonders sensibel gegenüber Risiken, sondern unterschätzen sie systematisch. Es gehört zu den Binsenweisheiten der Verhaltensökonomie, dass bei der Taxierung von Chancen und Risiken häufig der Wunsch der Vater des Gedankens ist. Menschen schätzen Chancen systematisch zu hoch und Risiken systematisch zu niedrig ein. Selbst professionelle Risikobewerter haben mit dieser Schwäche zu kämpfen. Das gilt natürlich umso mehr, wenn sie ein Eigeninteresse daran haben, dass Chancen als besonders groß und Risiken als möglichst gering dargestellt werden. Genau dies ist der verhaltensökonomische Rahmen der anwaltlichen Rechtsberatung: Nicht nur die Rechtsuchenden,

sondern auch ihre Anwälte sind bei der Bewertung der Rechtslage tendenziell zu optimistisch. Sie sehen vor allem Gesichtspunkte, die ihre Auffassung stützen, und übersehen gleichzeitig Aspekte, die für die Gegenseite sprechen.¹⁵ Reputationseffekte können diesen Intuitionsfehler nicht aufwiegen.

Praxishinweis

Die systematische Verzerrung im anwaltlichen Bauchgefühl lässt sich umso besser vermeiden, je konkreter man die fallentscheidenden Tatsachen- und Rechtsfragen benennt und nach Gründen sucht, die für und wider die eigene Perspektive sprechen. Ein hilfreiches Werkzeug dafür ist die sog. Prozessrisikoanalyse. Dabei macht man das juristische Skelett eines Falls in einer Baumstruktur sichtbar und benennt für jede tatsächliche oder rechtliche Unsicherheit eine Wahrscheinlichkeit. Die Multiplikation der Wahrscheinlichkeiten für alle unsicheren Anspruchsvoraussetzungen ergibt schließlich die Wahrscheinlichkeit für den Eintritt des angestrebten Ergebnisses und den durchschnittlich zu erwartenden Gewinn.¹⁶ Dieser fällt regelmäßig niedriger aus, als man das intuitiv erwartet hat. Hängt etwa ein Erbe im Wert von 1 Mio. Euro von drei Tatsachen- und Rechtsfragen ab, die jeweils mit 80 %iger Wahrscheinlichkeit für den Mandanten entschieden werden dürften, so beträgt die Erfolgswahrscheinlichkeit nur $80\% * 80\% * 80\% = 51,2\%$. Im Schnitt wird ein solcher Mandant nur 512.000 Euro aus der Sache herausholen. Ist er risikoavers, wird er ein Vergleichsangebot in Höhe von 500.000 Euro, vielleicht sogar eines in Höhe von 400.000 Euro der bloßen 50:50-Chance auf die Million vorziehen. Berücksichtigt man zusätzlich noch die Verfahrenskosten, fällt das Votum für ein konsensorientiertes Verfahren noch deutlicher aus.

Eine deutliche Vereinfachung von Risikoanalysen ist zu erwarten, wenn der Gesetzgeber künftig den strukturierten Parteivortrag zur Norm erheben sollte. Solche Strukturvorgaben werden seit einiger Zeit einerseits für komplexe wirtschaftsrechtliche Streitigkeiten, aber auch zur Ermöglichung und Vereinfachung von Online-Klagen gefordert.¹⁷ Damit ist zwar noch nicht automatisch eine Bepreisung der Erfolgswahrscheinlichkeiten verbunden. Allerdings ist häufig schon das simple Sichtbarmachen der Tatbestandsvoraussetzungen ein wichtiger erster Schritt, um Begründungslücken zu offenbaren und Überoptimismus abzubauen. Aktuell bemühen sich Unternehmen im Bereich Legal Technology darum, auch den zweiten Schritt zu gehen und Erfolgswahrscheinlichkeiten auf der Basis großer Datenmengen (*big data*) automatisch zu schätzen.

¹⁵ Neale und Bazerman (1985), S. 34 ff.; Bazerman (1991), S. 203 ff.

¹⁶ Weiterführend zur Prozessrisikoanalyse Eidenmüller (2000), S. 5 ff.; Risse und Morawietz (2017), passim.

¹⁷ Haft (2012), S. 202 f.; Gaier (2013), S. 2874; Zwickel (2016), S. 988 ff.; Fries (2021), Abschn. 7.3.

Auch eine Mediation kann diese fast schon angeborenen Wahrnehmungsverzerrungen nicht im Handumdrehen abschalten. Weil das Mediationsverfahren aber nicht kontradiktorisch, sondern konsensorientiert angelegt ist, wird der intuitive Überoptimismus zumindest nicht unnötig verstärkt. Zudem sind in der Mediation unangenehme Überraschungen infolge nicht gesehener Risiken praktisch ausgeschlossen. Denn die Parteien behalten das Heft in der Hand; sie stimmen einem Vergleichsangebot der Gegenseite stets freiwillig zu und sind im Unterschied zum Gerichtsverfahren nicht der Entscheidung eines Dritten ausgeliefert. Zweifelsohne sorgen die jüngere Rechtsprechung zu richterlichen Hinweispflichten nach § 139 ZPO¹⁸ wie auch die damit eng verwobene Praxis des richterlichen Vergleichsdrucks¹⁹ dafür, dass die Parteien eines Zivilrechtsstreits die Richtung eines Urteils frühzeitig absehen können. In dem Moment, wo sich die Parteien ins Gerichtsverfahren hineinbegeben, herrscht allerdings nach wie vor Unsicherheit über den Verfahrensausgang. Eine gute anwaltliche Beratung wird den Mandanten über die wesentlichen Risikofaktoren informieren und kann das Risiko durch kluge strategische Prozessführung ein Stück weit minimieren, am Ende bleibt das Risiko aber beim Mandanten haften.²⁰

4.1.2.3 Wahrung der Beziehung

Jenseits der materiellen Werte, die sich in einer Mediation realisieren lassen, ist es vielen Streitbeteiligten in der Praxis auch wichtig, eine tragfähige Lösung zu finden, die es ermöglicht, die Angelegenheit ohne Folgequerelen abzuschließen. Anders als in einem typischen Familienrechtsstreit geht es zwar nicht darum, eine konkrete familiäre Beziehung ins Lot zu bringen, denn die Parteien eines Erbkonflikts können einander besser aus dem Weg gehen. Gleichwohl eint sie regelmäßig ein familiäres Band, und allein die Aussicht auf unliebsames Gerede in der Großfamilie oder auf bisweilen unvermeidliche Begegnungen bei familiären Anlässen kann ein Grund sein, theoretisch begründbare juristische Positionen nicht maximal durchzusetzen.

Für die Erfolgsaussichten einer Mediation ist diese in erbrechtlichen Fällen häufig anzutreffende Interessenlage ideal: Einerseits ist eine Erbrechtsmediation – im Unterschied zu einer Mediation bei Streitigkeiten um den Umgang mit einem gemeinsamen Kind oder bei Konflikten zwischen Zulieferern und Herstellern – nicht darauf angewiesen, zwischen den Parteien eine dauerhafte Arbeitsbeziehung etablieren zu müssen. Andererseits kann sie doch einen großen Nutzen für den Familienfrieden stiften, weil sie punktuelle Auseinandersetzungen in der Zukunft zu vermeiden hilft. Mit anderen Worten: Die Aussicht für die Parteien, den Konflikt

¹⁸ Dazu Greger (2019), § 139 Rn. 5 ff.; Münch (2014), S. 42.

¹⁹ Dazu Egli (1996), passim; aus der Richterwarte Fleindl und Haumer (2016), S. 101 ff.

²⁰ Prozessfinanzierer könnten diese Risiken abfangen, sie interessieren sich bisher im deutschen Rechtsmarkt allerdings fast ausschließlich für hohe Streitwerte und Marginalrisiken.

schnell zu lösen und sich anschließend nur noch gelegentlich sehen zu müssen, sich dann aber gegenseitig in die Augen schauen zu können, ist ein extrem fruchtbarer Boden für ein Verfahren der alternativen Streitbeilegung.

4.2 Bewältigung von Komplexität

Neben den Interessen der Parteien spricht in erbrechtlichen Fällen häufig auch die tatsächliche und rechtliche Komplexität des Falles dafür, eine einvernehmliche Streitbeilegung anzustreben, statt durch eine Aufarbeitung juristisch relevanter Details aus der Vergangenheit nach der Wahrheit zu suchen. Denn selbst die in einem Zivilprozess gefundene Wahrheit hat letztlich keinen objektiven Gehalt, sondern ist eine durch die Brille der Richterin subjektiv ermittelte Wahrheit, die konstruiert und verkürzt ist und der Wirklichkeit nie umfassend gerecht werden kann.²¹

4.2.1 *Familiäre Beziehungen*

Die Komplexität erbrechtlicher Fälle rührt auf tatsächlicher Seite zunächst daher, dass die Parteien häufig durch eine **lange Familiengeschichte** miteinander und mit dem Erblasser verbunden sind. Wenn man möchte, kann man diese Familiengeschichte gleichsam bis zu Adam und Eva zurückverfolgen, um herauszufinden, wer was wann getan oder gewollt hat. Anders als in einem vertragsrechtlichen Streit, wo die Zahl der Deutungsmöglichkeiten einer Vertragsklausel endlich sind und die kommunikativen Berührungspunkte der Parteien regelmäßig einigermaßen überschaubar bleiben, öffnet der Blick in die Vergangenheit einer Familie regelmäßig eine emotionale Büchse der Pandora. Nachdem er einmal entwichen ist, lässt sich deren unbequemer Inhalt kaum mehr unter Kontrolle bringen. Die schiere Zahl der Beteiligten und die Unendlichkeit der Vergangenheit machen es möglich, immer neue Kausalitäten und Vorwürfe heranzuassoziiieren, die das eigene Verhalten begründen und rechtfertigen und die Verantwortung für Missgeschicke der anderen Seite in die Tasche schieben.²²

Vor diesem Hintergrund eignen sich für Konflikte mit familiären Bezügen – sei es im Erbrecht oder auch im Familienrecht – vor allem Verfahren, die zwar mit dem Ziel echten gegenseitigen Gehörs zunächst in die Vergangenheit blicken, aus dem Gehörten dann aber keine Wahrheit abzuleiten suchen, sondern allein Wünsche und Bedürfnisse für die Zukunft zur Grundlage der anstehenden Handlungsentscheidungen machen. Die Mediation mit ihrem anfänglichen Blick in die Vergangenheit, ihrer danach aber konsequent angewendeten Zukunftsperspektive hat dies in Rein-

²¹ Lesenswert Adrian (2017), S. 93 ff. m. w. N.

²² Luhmann (1999), S. 101 f.

form kultiviert.²³ Man mag es als Bruch empfinden, wenn sich die Parteien zunächst die Leviten lesen, dann diesen Faden aber abreißen lassen und sich gemeinsam der Zukunft zuwenden. Die Mediationspraxis zeigt aber, dass es die Parteien hochgradig befriedigt, wenn sie ihren Ärger zunächst artikulieren, anschließend aber hinter sich lassen können.

In erbrechtlichen Mediationsverfahren ist es absolut üblich, wenn die Verhandlung während der Beschäftigung mit den Perspektiven der Parteien den kompletten ersten Verhandlungstag lang kurz vor dem Abbruch stehen. Denn die Beschäftigung mit der ungeliebten familiären Vergangenheit ist emotional aufwühlend und exponiert beide Seiten in ungewohntem Maße. Es hängt wesentlich am Kommunikationsgeschick der Mediatorin, diese Spannung zuzulassen, auszuhalten und nicht eskalieren zu lassen. Die emotionale Entlastung der Parteien tritt meist recht unvermittelt dann ein, wenn beide feststellen, dass sie alles, was aus ihrer Sicht schief gelaufen ist, sagen konnten und damit Gehör fanden.

4.2.2 *Juristisch geordnetes Verfahren*

Ein zweiter Aspekt typischer Komplexität erbrechtlicher Auseinandersetzungen betrifft das komplizierte Prozedere einer Erbschaftsauseinandersetzung nach den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB). Wenn das Gesetz ein ursprünglich fremdes Vermögen neu zuweist – wie es etwa im Insolvenzrecht, aber eben auch im Erbrecht der Fall ist – wählt es mit gutem Grunde ein kleinschrittiges Verfahren, das die angestrebte Gerechtigkeit erreicht, indem der Vertrags- und Vermögensbestand sorgfältig ermittelt, Vorrechte und Sonderrechte bedient und erst danach die abschließenden Auszahlungen vorgenommen werden.

Dieser feine Schliff des materiellen Rechts setzt sich im Prozessrecht fort. Wer als Miterbe die Auseinandersetzung eines Nachlasses anstrebt, kann nicht zeitnah Fakten schaffen, sondern muss zunächst den Nachlassbestand klären, Wertermittlungen durchführen und Pflichtteilsberechtigte auszahlen, bevor es an die Verteilung im engeren Sinne geht. Entsprechend langwierig sind erbrechtliche Auseinandersetzungen vor Gericht, und wenn sie dort anlangen, führen sie nur in seltenen Fällen zu einem Urteil.

Selbst bei Pflichtteilsansprüchen, die das Gesetz zur Vermeidung von Konflikten zwischen Erben und Enterbten in § 2303 Abs. 1 S. 2 BGB als reine Geldansprüche ausgestaltet hat,²⁴ geht es nicht schneller voran. Denn die gesetzgeberische Sorgfalt führt hier dazu, dass dem Zahlungsanspruch in der Regel ein Auskunfts- und Werter-

²³ Siehe oben Abschn. 3.2.2.2 und 3.2.2.3.

²⁴ Prot. V 497; dem folgend Lange (2022), § 2303 Rn. 1; Obergfell (2021), § 2303 Rn. 20.

mittlungsanspruch nach § 2314 Abs. 1 BGB vorausgeht, der in bestimmten Fällen zusätzlich durch eine eidesstattliche Versicherung nach § 260 Abs. 2 BGB abgesichert wird. Eine Stufenklage, die diese Schritte nacheinander abarbeitet, kann sich allein in der ersten Instanz über mehrere Jahre hinziehen. Wird sie aus sachlichen oder auch prozessstrategischen Gründen auf einer oder mehreren Stufen mit Rechtsmitteln verzögert, verlieren die Kläger schnell jede Hoffnung auf ein absehbares Ende.

Das Zivilrecht und das Zivilprozessrecht haben gute Gründe, auf oberflächliche Feststellungen zu verzichten, anwaltliche Vertreter tun gleichwohl gut daran, die zeitliche Dimension frühzeitig in den Blick zu nehmen und alternative Handlungsoptionen auch in diesem Lichte unvoreingenommen zu erwägen. Man darf dabei nicht erwarten, dass die Parteien selbst die Bedeutung des Zeitkriteriums erahnen. Dafür fehlt ihnen zum einen die notwendige Prozess Erfahrung, zum anderen unterschätzen die meisten Menschen die Bedeutung künftiger Ereignisse, wenn diese nur weit genug in der Zukunft liegen. Die Perspektive der Mandantin entsprechend zu weiten, ist daher Aufgabe und Verantwortung ihrer Erbrechtsanwältin.

Hintergrund

Unechte²⁵ Gegenwartspräferenzen sind ein von der Verhaltensforschung ausführlich studiertes Phänomen. Im Englischen spricht man anschaulich vom *hyperbolic discounting*.²⁶ Die Gegenwart ist den meisten Menschen wichtiger als die Zukunft. Für einen eher kleinen Vorteil in der Gegenwart lässt man einen größeren Vorteil in einiger zeitlicher Entfernung ziehen. Lieber erhält man heute eine Million Euro als in 20 Jahren drei Millionen Euro.²⁷ In gleicher Weise sucht man auch kleinere Nachteile in der Gegenwart zu vermeiden, selbst wenn dies mit respektablen Verlusten in der Zukunft verbunden ist. Man geht mit den ersten Boten einer ernsthaften Krankheit noch nicht zum Arzt, um sich die Illusion andauernder Gesundheit zu erhalten, und doch ahnt man, dass es dadurch am Ende noch viel schlimmer kommen könnte.

Das Problem daran: Irgendwann holt einen die Zukunft ein, und man ärgert sich nachträglich darüber, seinerzeit so kurzsichtig abgewogen zu haben. Diese Gefahr zeitinkonsistenten Verhaltens lässt sich im Wesentlichen nur durch Selbstbindungsmechanismen oder durch kluge Berater

²⁵Eine echte Gegenwartspräferenz wäre demgegenüber ein nicht nur aus heutiger Perspektive übergewichteter, sondern tatsächlich höher eingeschätzter Nutzen des sofortigen Konsums. Ein Beispiel dafür ist die häufig hohe Präferenz für Freizeit in den Jahren der Familiengründung.

²⁶Strotz (1955/1956), S. 165 ff.; Laibson (1997), S. 443 ff.

²⁷Nur ein Teil dieser Präferenz lässt sich mit Zinseffekten erklären.

bannen. Deswegen ist es von so zentraler Bedeutung, dass Anwälte ihre Mandanten in Rechtsbereichen mit typischerweise langer Prozessdauer unmissverständlich vor Augen führen, mit welchem zeitlichen und emotionalen Aufwand ein Klageverfahren verbunden ist. Für den Ruf eines Anwalts und der Anwaltschaft schlechthin ist kaum etwas schädlicher als eine Mandantin, die den Eintritt ins Klageverfahren nachträglich bereut und den Eindruck hat, ihr Anwalt habe sie vor dem damit verbundenen Zeitaufwand und den damit einhergehenden Risiken nicht deutlich gewarnt.

4.2.3 Gesellschaftsrechtliche Bezüge

Neben diese Faktoren, die den Erbstreit materiell-rechtlich und verfahrensrechtlich aufladen, treten regelmäßig zusätzliche Aspekte, die eine Lösung des Konflikts erheblich erschweren. Insbesondere dann, wenn die Erblasserin als Gesellschafterin einer Personen- oder Kapitalgesellschaft fungierte oder auch nur Teilhaberin einer noch nicht auseinandergesetzten Miterbengemeinschaft war, erweist es sich üblicherweise als sehr schwer, eine beherrschbare Verhandlungsmaterie einzuhegen und eine überschaubare Zahl von Verhandlungsteilnehmern zu bestimmen. Das gilt namentlich in Familienunternehmen, in denen neben gesellschaftsrechtliche Befugnisse auch hergebrachte familiäre Zielvorstellungen und Usancen treten, die für neu eintretende Erben zum einen nicht leicht nachzuvollziehen sind und die zu übernehmen sie zum anderen auch nicht unbedingt bereit sind.

Trotz dieser schwierigen und häufig buchstäblich verfahrenen Ausgangssituation sind Erbstreitigkeiten mit Bezug zu Familienunternehmen nicht schlechthin unlösbar. Gerade in Fällen mit „langer Vorgeschichte“ ist bei den Beteiligten über die Jahre meist die Erkenntnis gereift, dass eine geordnete Trennung besser ist als ein konfliktträchtiges Weiter so. Es fehlt allein die Methode, die eine faire Verteilung der in der Gesellschaft akkumulierten Werte sichert. Gesellschaftserben gehen in der Regel nicht am Bettelstab: Sie gehen zwar meist achtsam mit ihrem Geld um und haben nichts zu verschenken, aber sie müssen nicht jeden Cent umdrehen und um den letzten Groschen feilschen. Es geht ihnen typischerweise nicht um Gewinnmaximierung um jeden Preis, sondern um eine angemessene Wertverteilung im Lichte der erblasserischen Bestimmungen. Hier liegen ihre Interessen meist nicht weit auseinander. Der Nährboden für ein interessenorientiertes Verfahren wie die Mediation ist damit ideal. Gesellschaftsrechtliche Komplexität ist nicht Hindernis, sondern zunächst Herausforderung und dann Treiber für eine interessenorientierte Konfliktlösung.

Ein besonders eindrucksvolles Beispiel für Interessen jenseits der Gewinnmaximierung erlebten die Autoren im Rahmen einer Co-Mediation zweier Geschwister, die von ihrer Mutter unter anderem Gesellschaftsanteile im hohen Millionenwert geerbt hatten. Nach einem langen und emotional geführten Austausch der Perspektiven beider Geschwister staunten sie nicht schlecht, als sich beide in der anschließenden Interessenklärung gegenseitig als Interesse Nr. 1 bezeichneten. Hier ging es nicht um das eigene Gewinnmaximum, ja noch nicht einmal vorrangig um faire Verteilungskriterien, sondern vor allem darum, wieder einen Zugang zueinander zu finden. Der kontroverse Umgang mit dem Konflikt vor dem Beginn der Mediation hatte dieses Interesse füreinander wirksam verschüttet. Das Mediationsverfahren legte es wieder frei – in einer Selbstverständlichkeit und Gegenseitigkeit, die tatsächlich auch die Mediatoren verblüffte.

Freilich: Nicht immer lassen sich Interessen so einfach zu Tage fördern wie in diesem Beispiel. Vor allem dann, wenn an der Seite einer oder mehrerer Parteien strategische Berater oder familienexterne Manager agieren, ist es bisweilen schwer, zu den echten Interessen der Stakeholder vorzudringen. Bisweilen fehlt es diesen Akteuren an Sensibilität für nicht-monetäre Bedürfnisse ihrer Prinzipale, manchmal mangelt es auch schlicht an der Zuversicht, ein finanzielles Kompromissergebnis als Erfolg darstellen zu können. Je weniger Bedeutung man den nicht-monetären Faktoren beimisst und je mehr Konfliktroutine eine Partei an den Verhandlungstisch bringt, desto größer ist für sie die Versuchung, ihr weniger routiniertes Gegenüber durch eine Streckung des Verfahrens ganz bewusst zu ermüden und daraus am Ende Kapital zu schlagen. Dieser Fall ist seltener, als man denkt, aber er kommt vor. Eine Mediation führt hier nur selten zu einem verwertbaren Ergebnis in der Sache. Dafür fördert sie aber bei der weniger routinierten Seite meist die schnelle Erkenntnis zu Tage, welches Spiel die Gegenseite spielt. Hier frühzeitig klar zu sehen, kann das Verfahren immerhin auch voranbringen, denn die weniger konfliktbewanderte Partei kann die Auseinandersetzung dann auf dem streitigen Wege entsprechend zügiger vorantreiben.

Im häufigeren Fall, dass eine gemeinsame Lösung im Bereich des Möglichen und Gewünschten liegt, besteht die zentrale Herausforderung bei gesellschaftsrechtlichen Auseinandersetzungen in der Regel darin, eine handlungsfähige Verhandlungsmannschaft zu formieren. Wenn die Anteile der Familienfirma über Dutzende Stakeholder verteilt sind, gilt es, bestehende Allianzen zu erkennen, inhaltliche Übereinstimmungen zu ahnen und vor diesem Hintergrund eine Gruppe von Verhandlungsteilnehmern festzulegen, die möglichst alle Interessen reflektiert und repräsentiert und auf deren Wort möglichst viele Anteilseigner folgen.²⁸ Eine Media-

²⁸Ausführlich Bühring-Uhle et al. (2017), S. 173 ff.

torin wird diese Auswahl zur Vermeidung von Neutralitätsbedenken natürlich nicht selbst vornehmen, sondern die Betroffenen dazu anleiten, wie sie sich auf geeignete Vertreter einigen können. Dass sich diese vorlaufende Abstimmung über einige Wochen hinzieht und ggf. auch einmal ein Präsenztreffen erfordert, ist nicht ungewöhnlich. Kommt es danach zu einer Mediation mit repräsentierenden Verhandlungsteilnehmern, führt diese abhängig von der Entscheidungsmacht der Repräsentanten nicht zwingend zu einem unmittelbar bindenden Ergebnis. Sie kann aber durch einen möglichst konkreten Entwurf zum weiteren Vorgehen durchaus den Knoten durchschlagen und eine langfristige Lösung aufs Gleis setzen.

4.2.4 Internationale Bezugspunkte

Eine vierte Dimension besonderer Komplexität in Erbrechtsstreitigkeiten bilden internationale Bezugspunkte. Sie schlagen sich zunächst darin nieder, dass die Streitparteien häufig über große Distanzen kommunizieren, ohne sich persönlich zu sehen; diese Distanz und die teilweise hinzutretenden Sprachbarrieren fördern Missverständnisse und verschärfen Konflikte. Darüber hinaus sind für die rechtliche Würdigung solcher Fälle vertiefte Kenntnisse im internationalen Privatrecht und im internationalen Zivilverfahrensrecht notwendig, die nicht für jeden Anwalt zur Standardklaviatur gehören. Bisweilen wird dabei die Anwendbarkeit ausländischen Rechts unbewusst übersehen oder zielorientiert „abgewendet“, um nur mit dem eigenen Recht arbeiten zu können. Kommt es letztlich zu einem Gerichtsprozess, muss diese Dimension des Falls ganz neu erarbeitet werden.

Die Autoren waren seinerzeit als Mediatoren an einem grenzüberschreitenden Fall beteiligt, der in die Zeit kurz nach Geltungsbeginn der Europäischen Erbrechtsverordnung fiel. Beide Parteien waren seit langer Zeit anwaltlich beraten. Beide Anwälte hatten die internationalen Bezüge des Falls erkannt, einer hielt allerdings die veralteten Bestimmungen des Art. 25 EGBGB für einschlägig, während der andere die EuErbVO zwar schon zu Rate gezogen hatte, sich bei der Rechtsanwendung aber erkennbar schwertat. Beide Anwälte hatten die Sache bereits zu einer nennenswerten Eskalation geführt, scheuten aber letztlich vor einem Klageverfahren zurück, mutmaßlich wegen ihrer Unsicherheit auf dem international-rechtlichen Terrain. Eine Mediation erschien hier offenbar als einziger gesichtswahrender Ausweg – und führte binnen weniger Verhandlungstage zu einem durchgreifenden Erfolg.

Eine Mediation kann den Anforderungen eines internationalen Erbschaftsstreits wesentlich flexibler gerecht werden, als dies einem Gerichtsprozess möglich ist. Erheblicher Gestaltungsspielraum besteht unter anderem bei der Verfahrenssprache,

beim Verhandlungsort und bei Prognosen zur Bewertung rechtlicher Fragen.²⁹ Insbesondere eine Mediation unter Leitung zweier gleichberechtigter Co-Mediatoren bietet die Chance, Sprachdifferenzen zu überwinden, etwa indem das Verfahren zweisprachig geführt wird und jeder Verhandler sich in seiner Muttersprache äußern kann. Der dadurch bewirkte Zugewinn an Verfahrenskomfort und Verfahrenszufriedenheit ist nicht zu unterschätzen.

4.3 Große Einigungschance trotz starker Polarisierung

Grundsätzlich kann eine Mediation ähnlich einem Zivilprozess zu einem Verzicht der Anspruchstellerin oder einem Anerkenntnis der Anspruchsgegnerin führen. Häufiger kommt es vor, dass sich die Parteien ein Stück weit, wenn auch nicht notwendig im selben Umfang entgegenkommen. Die Wahrscheinlichkeit dafür, dass dies gelingt, ist im Erbrecht größer als in vielen anderen Rechtsbereichen, obwohl die Positionen auch hier zunächst extrem verhärtet sein können. Aussicht auf Erfolg besteht gleichwohl deswegen, weil keine Seite eigenes Vermögen aufgeben muss, weil häufig gemeinsame Autoritätspersonen existieren und weil die Aussicht auf eine baldige Trennung der Parteien für eine gewisse Erledigungsdynamik sorgen kann.

4.3.1 Geringe Verlustängste

Es ist bedeutend einfacher, eine für die Zukunft erhoffte Vermögensposition aufzugeben, als aus dem bestehenden Besitz etwas abzugeben; die VerhaltensökonomInnen sprechen von Verlustaversion.³⁰ Das sind günstige Rahmenbedingungen für Erbschaftsstreitigkeiten, weil hier alle Beteiligten aus dem Nachlass neue Vermögenswerte erhalten und niemand etwas aufgeben muss, das bisher ihm gehörte.³¹ Mit anderen Worten: In Erbschaftauseinandersetzungen muss man nicht zwingend kreativ sein, um eine Wertschöpfung zu realisieren, sondern das *Win-Win* ist gewissermaßen bereits in der DNA der Nachlasssache angelegt. Es lässt sich kaum vermeiden, dass alle nachher mindestens ebenso gut, eher aber deutlich besser stehen als vorher. Zugleich ist der Nachlass im Unterschied zu streitigen Vermögenspositionen in anderen Rechtsgebieten während der Auseinandersetzung regelmäßig noch blockiert; es besteht also ein gemeinsames Interesse an einer zügigen Einigung zur Verteilung bzw. Auszahlung der einzelnen Nachlasspositionen.

²⁹Ähnliche Flexibilität gibt es aber immerhin auch im Schiedsverfahren, vgl. § 1042 Abs. 3 ZPO.

³⁰Siehe oben in Abschn. 4.3.1.

³¹Natürlich gibt es Ausnahmefälle, so etwa wenn die Tochter im Haus der verstorbenen Mutter wohnte, dieses Haus aber nun dennoch an eine Dritte gehen soll. Ebenso mag eine Art Besitzeffekt eintreten, wo sich ein Nachfahre aufgrund eines Erbvertrags als sicherer Erbe wähnt, bis sich herausstellt, dass der Vertrag nicht wirksam geschlossen wurde.

Auch wenn die Erbrechtsmediation insofern weniger als die Mediation in anderen Rechtsbereichen auf echte Wertschöpfung angewiesen ist, gibt es natürlich auch in Erbstreitigkeiten vielfältige Gelegenheiten, Vermögensmassen wertmaximierend zu verteilen und heterogene Interessen abhängig von ihrer subjektiven Priorität für den Einzelnen intelligent zu befriedigen. An die bisweilen fesselnde Struktur des BGB-Auseinandersetzungsverfahrens sind die Beteiligten dabei gerade nicht gebunden. So wird man in einer Mediation stets nach Wegen suchen, um die einzelnen Nachlassbestandteile denjenigen Erben zuzuweisen, die sie besonders wertschätzen.³² Dabei sind – bei einem generellen Wohlwollen der Parteien zueinander – durchaus auch verzahnende Lösungen denkbar, bei denen Vermögenspositionen, die für beide Parteien mit einem hohen Affektionsinteresse verbunden sind, auch einmal zwischen ihnen hin- und herwandern oder mit bestimmten Nutzungsrechten für denjenigen versehen werden können, der sie nicht zu Eigentum erhält.

In einem von den Autoren mediierten Erbstreit ging es unter anderem um ein großes Villengrundstück inmitten einer Parkanlage, mit dem beide Söhne der verstorbenen Mutter viele schöne Kindheitserinnerungen verbundenen. Nachdem sich eine Fortführung der Erbengemeinschaft oder eine Übernahme zu Miteigentum beider Geschwister als schwierig erwies, vereinbarten die beiden Brüder, dass der eine das Grundstück erhalten sollte, der andere aber berechtigt sein sollte, die dort eingerichtete Ferienwohnung für vier Wochen im Jahr zu selbst gewählten Terminen mit seiner Familie zu nutzen. Damit war dem Affektionsinteresse beider Parteien Rechnung getragen und doch eine klare Verantwortlichkeit für das Grundstück geschaffen. Natürlich war eine solche Lösung hier nur deswegen möglich, weil sich beide Brüder trotz des Konflikts im Grundsatz noch so wohlgesonnen waren, dass der durch die Feriennutzung entstehende zukünftige Berührungspunkt für sie kein rotes Tuch war.

4.3.2 Respekt gegenüber gemeinsamen Autoritäten

Ein zweiter Aspekt, der selbst in hoch eskalierten Erbstreitigkeiten dafür sorgen kann, dass sich beide Parteien letztendlich doch auf die Suche nach einer einvernehmlichen Lösung machen, ist der häufig an der einen oder anderen Stelle anzutreffende Respekt gegenüber gemeinsamen Autoritäten. Es kommt überraschend häufig vor, dass es irgendwo in der Großfamilie eine einflussreiche Figur gibt, die vom Erbstreit Wind bekommt und auf beide Parteien Einfluss nimmt, diesen Kon-

³² Beispiele für konkrete Verteilungsverfahren bei Duve et al. (2019), S. 214 f.

flikt nicht vor Gericht auszutragen, sondern es zunächst mit einem Verfahren der außergerichtlichen Streitbeilegung zu versuchen. Insbesondere wenn diese Person nicht „im Lager“ einer der Streitparteien steht, stehen die Chancen gut, dass sich die Parteien zu einem Mediationsversuch entscheiden.

Eine solche Autoritätsfigur kann etwa eine gemeinsame Tante sein, mit der die Parteien seit Kindheitstagen in großer Achtung verbunden sind. Womöglich gibt es auch Menschen, die den Verstorbenen vor seinem Tode gepflegt haben und deren Wort allein wegen der uneigennützig für die Pflege aufgewendeten Zeit etwas gilt. Und natürlich hat auch das noch zu Lebzeiten gesprochene oder verschriftlichte Wort des Erblassers selbst eine große Autorität. Findet sich etwa in einem Testament der Wunsch des Verstorbenen, seine Nachfahren mögen bei Unstimmigkeiten die Hilfe einer Mediatorin suchen und ist dort eine mögliche Mediatorin womöglich sogar schon namentlich genannt, werden sich die Erben wesentlich leichter tun, den Weg zu einer gütlichen Streitbeilegung zu finden. Ein solcher Appell kann im Einzelfall sogar für Pflichtteilsberechtigte eine Anregung zur Beteiligung am Mediationsverfahren darstellen, jedenfalls sofern diese damit rechnen können, hier nicht schlechter zu stehen als in einem gerichtlichen Verfahren.³³

4.3.3 Realistische Aussicht auf dauerhafte Trennung

Schließlich ist auch ein dritter Aspekt von großer Bedeutung dafür, dass das Mediationsverfahren im Erbrecht nicht nur eine noble Idee, sondern ein sehr praxisgerechtes und nutzerfreundliches Werkzeug ist: Im Unterschied zu Streitigkeiten aus dem Familienrecht oder aus ständigen Lieferbeziehungen haben die Parteien eines Erbstreits die realistische Chance, sich nach Abschluss des Verfahrens nie wieder sehen zu müssen. Wer mit seinem Partner über Unterhaltsfragen oder um ein Sorge- oder Umgangsrecht streitet, wird diese Fragen vermutlich unabhängig von seinem konkreten aktuellen Rechtsproblem auf Jahre oder Jahrzehnte, vielleicht sogar auf Lebenszeit nicht los. Wer sich mit seiner Nachbarin um Fragen von Baurecht und Nachbarschutz streitet, wird die mit der nachbarlichen Grenze verbundenen Herausforderungen vermutlich nicht los, solange er sein Haus nicht verkauft. Und wenn zwei Mitgesellschafter eines Unternehmens um die Wirksamkeit einer Management-Entscheidung streiten, müssen sie auch in der absehbaren Zukunft mit ähnlichen Differenzen rechnen, solange nicht einer seine Anteile veräußert. Dies ist im Erbrecht in den meisten Fällen anders: Dieselben Personen werden in der Regel nur einmal zusammen erben.³⁴ Wenn sie wollen, können sie sich danach fast beliebig

³³ Ausführlich zu Mediationsklauseln unten Kap. 6.

aus dem Weg gehen; vertragliche Verbindungen oder Unterhaltspflichten untereinander existieren nur im Ausnahmefall.

Im ersten Zugriff mag man vermuten, dass es eigentlich die Aussicht auf eine gemeinsame Zukunft sein müsste, die die Parteien dazu bringt, sich zu einem Einigungsversuch aufzuraffen. Die Praxis zeigt indes, dass die meisten Menschen nicht so denken. Die auf absehbare Zeit fortbestehende Verbindung bringt sie eher dazu, Pflöcke einschlagen, Festlegungen treffen und Prinzipien durchsetzen zu wollen. Es treibt sie tendenziell die Angst, nicht nur situativ den Kürzeren zu ziehen, sondern auf unabsehbare Zeit von ihrem Gegenüber ausgenutzt zu werden. Deswegen wird andersherum ein Schuh aus der Sache: Wer die Aussicht auf eine dauerhafte Trennung hat, kann sich leichter zu einem Kompromiss aufraffen als derjenige, der über eine Präzedenz für die kommenden Jahrzehnte verhandelt.

4.4 Geringe Verfahrenskosten

Sich professionell zu streiten, kostet Geld: Das Hinzuziehen neutraler Dritter, seien es Richter, Schiedsrichter oder Mediatoren, schmälert die Verhandlungsmaterie insgesamt. Es besteht also ein gemeinsames Interesse der Parteien, Verfahrenskosten nur mit großer Bedacht auszulösen. Dieses Interesse wird insbesondere im gerichtlichen Verfahren regelmäßig verstellt von einer überoptimistischen Perspektive, die damit rechnet, dass nach § 91 ZPO ohnehin der jeweils andere für die Verfahrenskosten geradestehen müsse. Sorgfältig beratene Parteien werden gleichwohl sorgfältig abwägen, ob sie das Kostenrisiko eines über womöglich mehrere Instanzen zu führenden Zivilprozesses tatsächlich aufnehmen möchten.

Vergleicht man vor diesem Hintergrund die Kosten eines Gerichtsprozesses einerseits und eines Mediationsverfahrens andererseits, so erscheint die Justiz vor allem bei geringen Streitwerten vorteilhaft, während die Mediation vor allem bei großen Streitwerten punktet. Wesentlicher Grund hierfür ist das künstliche Kostentableau vor Gericht: Das Gerichtskostengesetz (GKG) und das Rechtsanwaltsvergütungsgesetz (RVG) sehen streitwertabhängige Kostensätze vor, die bei geringen Streitwerten regelmäßig hinter dem tatsächlichen Aufwand zurückbleiben und bei hohen Streitwerten den tatsächlichen Aufwand meist deutlich übersteigen. Diese Quersubventionierung der kleinen durch die großen Verfahren rechtfertigt sich unter anderem durch das rechtspolitische Ziel eines effektiven Zugangs zur Justiz auch für niedrige Streitwerte. Aber sie führt eben auch dazu, dass Klagen auf hohe Werte überproportional teuer ist.

³⁴ Genau genommen kommen insbesondere Geschwister nach ihren Eltern regelmäßig zweimal als Erben in Betracht, durch das in Deutschland weit verbreitete Berliner Testament mit seiner Voll- und Schlusserbfolge kommt es allerdings häufig erst beim zweiten Todesfall zu einer ernsthaften Auseinandersetzung. Ausnahmen bestätigen die Regel.

Die Kosten eines Mediationsverfahrens berechnen sich üblicherweise nach Stunden-, Halbtages- oder Tagessätzen der beteiligten Anwälte und Mediatoren. Bei einer Vorbereitungszeit von einem Tag und einer Verhandlungsdauer von drei Tagen kann man beispielsweise mit einem Mediatorenhonorar von 5000 bis 10.000 € rechnen. Tritt ein Co-Mediator hinzu oder sind Anwälte in der Mediationsverhandlung anwesend, fallen die Gesamtkosten entsprechend höher aus.³⁵ Die Kosten eines Gerichtsverfahrens erreichen diese Größenordnung grob ab einem Streitwert von 100.000 Euro. Betrachtet man das Verfahren rein aus der Warte der monetären Verfahrenskosten, so ist eine Mediation ungefähr ab einem sechsstelligen Streitwert sinnvoll. Erbstreitigkeiten bewegen sich regelmäßig in dieser Größenordnung und sind damit grundsätzlich mediationsaffin.

Ungefähr eines von fünf Mediationsverfahren führt nicht zu einer Einigung der Parteien.³⁶ In diesen Fällen kann sich ein Gerichtsprozess anschließen, so dass sich die Kosten beider Verfahren womöglich aufaddieren. Wer als Anwältin ein Mediationsverfahren empfiehlt, sollte aus Transparenzgründen darauf hinweisen. Es gilt aber auch: Wenn sich eine Einigung nicht anbahnt, fallen die Mediationsverhandlung regelmäßig deutlich kürzer und das Mediatorenhonorar entsprechend schmaler aus. Abgesehen davon kann durchaus auch eine ohne Einigung abgeschlossene Mediation Früchte tragen, etwa in Gestalt von Erkenntnissen über die Perspektive oder die Interessen des Gegenübers. Und selbst wenn man die Kosten eines solchen Mediationsverfahrens im Nachhinein als nutzlos abschreiben wollte, ist aus einer ex-ante-Perspektive ein Mediationsversuch gleichwohl sinnvoll, weil die Nutzenerwartung angesichts der hohen Erfolgsquote zumeist klar positiv ist.

Diese rein monetäre Rechnung sollte nicht darüber hinwegtäuschen, dass es in einer Mediation nicht vordergründig darum geht, Geld zu sparen. Die Mediation ist kein Billigverfahren, und selbst wenn sich die dargestellten Verfahrenskosten im Vergleich zu einem Millionenstreitwert bescheiden ausnehmen, so sollten für die Wahl eines Konfliktlösungsverfahrens doch andere Maßstäbe entscheidend sein. Ebenso wichtig wie Geld, häufig sogar noch wichtiger ist den Parteien, den Streit ohne emotionalen Aufwand zügig über die Bühne zu bringen, ohne sich dabei über den Tisch ziehen zu lassen. Diese Bedürfnisse befriedigt eine Mediation so unmittelbar und nachhaltig, dass man sich eigentlich sogar regelmäßig dann dafür entscheiden müsste, wenn andere Verfahren weniger Geld kosten würden.

³⁵ Ausführlich zum Kostenrecht Engel (2015), Kap. 10 Rn. 27 ff.

³⁶ Steffek (2013), S. 531.

Literatur

- Adrian A (2017) Der Richterautomat ist möglich – Semantik ist nur eine Illusion. *Rechtstheorie* 48:77–121
- Bazerman MH (1991) Negotiator judgment: a critical look at the rationality assumption. In: Breslin/Rubin, *Negotiation theory and practice*. PON, Cambridge, S 197–209
- Bühning-Uhle C, Eidenmüller H, Nelle A (2017) *Verhandlungsmanagement*, 2. Aufl. C. H. Beck und dtv, München
- Cohen JR (1998/1999) Advising Clients To Apologize. *S Cal L Rev* 72:1009–1069
- Duve C, Eidenmüller H, Hacke A, Fries M (2019) *Mediation in der Wirtschaft*, 3. Aufl. Dr. Otto Schmidt, Köln
- Egli U (1996) *Vergleichsdruck im Zivilprozeß: Eine rechtstatsächliche Untersuchung*. Duncker & Humblot, Berlin
- Eidenmüller H (2000) Prozeßrisikoanalyse. *ZZP* 113:5–23
- Engel M (2010) *Collaborative Law: Mediation ohne Mediator*. Mohr Siebeck, Tübingen
- Engel M (2015) Kapitel 10: Kosten der Mediation. In: Eidenmüller H, Wagner G (Hrsg) *Mediationsrecht*. Dr. Otto Schmidt, Köln
- Fisher R, Ury W, Patton B (2011) *Getting to Yes: Negotiating an Agreement Without Giving In*, 3. Aufl. Penguin, New York
- Fleindl H, Haumer C (2016) *Der Prozessvergleich*. C. H. Beck, München
- Fries M (2021) ELSTER für Fluggastrechte: Skizze für ein europäisches Online-Bagatellverfahren. In: Breidenbach S, Glatz F (Hrsg) *Rechtshandbuch Legal Tech*. C. H. Beck, München
- Gaier R (2013) Der moderne liberale Zivilprozess. *NJW* 2013:2871–2876
- Greger R (2019) § 139 Materielle Prozessleitung. In: Zöller, *Zivilprozessordnung*, 34. Aufl. Dr. Otto Schmidt, Köln
- Haft F (2012) Mündlich schriftlich digital. In: Geimer R, Schütze RA, Garber T (Hrsg) *Europäische und internationale Dimension des Rechts: Festschrift für Daphne-Ariane Simotta*. Lexis-Nexis, Wien, S 197–204
- Ison TG (1972) Small Claims. *Mod L Rev* 35:18–37
- Kloster-Harz D (2021) Kapitel 20: Alternative Streitschlichtungsverfahren. In: Gerhardt P, von Heintschel-Heinegg B, Klein M (Hrsg) *Handbuch Familienrecht*, 12. Aufl. Luchterhand, Köln
- Krampen I (2010) Die Anwaltsmediation im Familienrecht – eine sinnvolle Alternative! *FamFR* 2010:198–201
- Laibson D (1997) Golden eggs and hyperbolic discounting. *Quarterly J Econ* 112:443–477
- Lange K W (2022) § 2303 Pflichtteilsberechtigte; Höhe des Pflichtteils. In: *MünchKommBGB*, 9. Aufl. C. H. Beck, München
- Luhmann N (1983) *Legitimation durch Verfahren*. Suhrkamp, Frankfurt am Main
- Luhmann N (1999) *Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*. Suhrkamp, Frankfurt am Main
- Montada L (2004) Nachhaltige Beilegung von Familienkonflikten durch Mediation. *FPR* 2004:182–187
- Münch J (2014) Grundfragen des Zivilprozesses. Sinngehalte der Lehre vom Prozeßzweck. In: Bruns A, Münch J, Stadler A (Hrsg) *Die Zukunft des Zivilprozesses*. Mohr Siebeck, Tübingen
- Neale MA, Bazerman MH (1985) The effects of framing and negotiator overconfidence on bargaining behaviors and outcomes. *Acad Mmt J* 28:34–49
- Obergfell EI (2021) § 2303 Pflichtteilsberechtigte; Höhe des Pflichtteils. In: *BeckOGK BGB*, Stand 1. Dezember 2021. C. H. Beck, München
- Perleberg-Kölbl R, Burandt W (2015) *Mediation im Familien- und Erbrecht – Teil 2: Mediation in Familiensachen*. *FuR* 2015:710–713
- Risse J, Morawietz M (2017) *Prozessrisikoanalyse*. C. H. Beck, München
- Scholke KU (2022) Anspruch auf Entschuldigung bei immateriellen Schäden? *AcP* 222:340–371

- Steffek F (2013) Rechtsfragen der Mediation und des Güterichterverfahrens – Rechtsanwendung und Regulierung im Spiegel von Rechtsvergleich und Rechtstatsachen. ZEuP 2013:528–564
- Strotz (1955/1956) Myopia and inconsistency in dynamic utility maximization. Rev Econ Stud 23:165–180
- Walz R (2003) Final-Offer-Arbitration – oder: Drittentscheidung anhand verbindlicher Angebote. SchiedsVZ 2003:119–123
- Zwickel M (2016) Die Strukturierung von Schriftsätzen. MDR 2016:988–992

Open Access Dieses Kapitel wird unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz (<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>) veröffentlicht, welche die Nutzung, Vervielfältigung, Bearbeitung, Verbreitung und Wiedergabe in jeglichem Medium und Format erlaubt, sofern Sie den/die ursprünglichen Autor(en) und die Quelle ordnungsgemäß nennen, einen Link zur Creative Commons Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen vorgenommen wurden.

Die in diesem Kapitel enthaltenen Bilder und sonstiges Drittmaterial unterliegen ebenfalls der genannten Creative Commons Lizenz, sofern sich aus der Abbildungslegende nichts anderes ergibt. Sofern das betreffende Material nicht unter der genannten Creative Commons Lizenz steht und die betreffende Handlung nicht nach gesetzlichen Vorschriften erlaubt ist, ist für die oben aufgeführten Weiterverwendungen des Materials die Einwilligung des jeweiligen Rechteinhabers einzuholen.





Es kommt nicht selten vor, dass eine Erblasserin mit ihren Verwandten bereits zu ihren Lebzeiten darüber nachdenken möchte, wie sie ihre letzten Dinge strukturiert und interessenorientiert regeln kann. In diesen Fällen empfiehlt es sich, die Nachfolgeplanung analog den Phasen einer Mediation anzugehen; man spricht dabei auch von einer **Gestaltungsmediation**. Soweit die Beteiligten damit rechnen, dass sich bestimmte Problemlagen erst nach dem Tod der Erblasserin ergeben, empfiehlt es sich, in Testament oder Erbvertrag eine Mediationsklausel aufzunehmen; dies ist Gegenstand des sich anschließenden sechsten Kapitels.

Mit der Regelung ihrer letzten Dinge haben es die meisten Menschen nicht besonders eilig. Wenn sie überhaupt testieren, geschieht dies regelmäßig erst im hohen Alter.¹ Dabei liegt das Augenmerk dann zumeist allein auf dem *Wer* und nur selten auf dem *Wie* der Nachfolgeregelung. Das liegt mitunter daran, dass die Beteiligten ihre Wünsche und Vorstellungen nicht offen kommunizieren, teilweise aber auch daran, dass sie schlicht das Konfliktpotenzial unterschätzen, das mit der Verteilung großer Vermögenswerte fast zwangsläufig verbunden ist. Die Nutzung mediativer – bzw. konkreter: **interessenorientierter** – Ansätze bereits bei der **Nachfolgeplanung** kann hier entscheidend zu Konfliktvermeidung und Deeskalation beitragen.

Den zentralen Anknüpfungspunkt für die Anwendung interessenorientierter Methoden bei der Nachfolgeplanung bildet der Umstand, dass potenzielle Erblasser und Erben im Hinblick auf die Abwicklung des Nachlasses häufig weitgehend gleichlaufende Vorstellungen haben. So zeigt eine repräsentative Studie des Instituts für Demoskopie Allensbach im Auftrag der Deutschen Bank aus dem Jahr 2015: Potenziellen Erblassern ist es zu 77 % besonders wichtig, dass es **keinen Streit** um das Erbe gibt, weiteren 14 % ist dies ziemlich wichtig. Bei den künftigen Erben treffen diese Aussagen auf 74 % und 17 % zu. Zudem ist potenziellen Erblassern zu 73 % besonders bzw. zu 19 % ziemlich wichtig, dass **klare Regelungen** hinsichtlich der Aufteilung des Erbes getroffen werden. Dies trifft bei den künftigen

¹Weitere Nachweise bei Fries (2016), S. 425 f.

Erben mit 72 % und 21 % nahezu in gleichem Umfang zu.² Man kann diese Punkte einfach zusammenfassen mit folgenden Worten: Neun von zehn Erblassern wie Erben wünschen sich Klarheit hinsichtlich der Aufteilung des Erbes und eine streitfreie Nachlassabwicklung.

Eindeutige Regelungen sind demnach von allen Beteiligten gewollt. Sie stellen zudem ein wichtiges Mittel dar, die Anzahl auftretender Konflikte deutlich zu begrenzen. Gelingt es den Betroffenen und ihren Berater, **(laien)verständliche** und rechtlich belastbare Regelungen zur Aufteilung der Erbmasse und zur Abwicklung des Nachlasses zu treffen, reduziert sich das Konfliktpotenzial bereits massiv. Denn ein hoher Prozentsatz erbrechtlicher Streitigkeiten betrifft im Ausgangspunkt schlicht eine Frage, die sich nach Eintritt des Erbfalls kaum mehr eindeutig klären lässt: Was hatte die Erblasserin eigentlich im Sinn?

Werden die hinter einzelnen testamentarischen Verfügungen stehenden **Motive** nicht offen gelegt und findet mit den potenziellen Erben auch zu Lebzeiten keinerlei Austausch darüber statt, sind diese gezwungen, nach dem Tod der Erblasserin darüber zu spekulieren. Dies gilt in besonderem Maße dann, wenn sich die Sachlage verändert hat und die getroffene Regelung nicht mehr perfekt passt. Nicht selten entstehen daraus sehr divergierende subjektive Realitäten, die dann Ausgangspunkt von – oft erbittert geführten – Auseinandersetzungen werden. Klarheit und Konfliktarmut stehen dabei nicht überschneidungslos nebeneinander. Vielmehr ist die Klarheit der Nachfolgegestaltung ein Baustein hin zur Konfliktvermeidung.

Eine Erblasserin hatte im Abstand mehrerer Jahre vor ihrem Tod zwei Testamente erstellt; eines davon nach deutschem Recht und eines nach ausländischem Recht. Das deutsche Recht sah die Erbeinsetzung ihrer beiden Kinder je zur Hälfte vor; mit dem ausländischen Testament wurde einer der beiden Abkömmlinge als Erbe des ausländischen Grundbesitzes eingesetzt. Nach dem Tod der Erblasserin stritten ihre Kinder unter Einsatz hoher finanzieller und emotionaler Ressourcen, ob für den ausländischen Grundbesitz, der prozentual nicht einmal 10 % des Nachlasses ausmachte, ein Ausgleich zu leisten sein sollte. Die Uneinigkeit betraf letztlich die Frage, ob die Erblasserin eine exakte Gleichbehandlung der beiden Kinder gewollt hatte. Hierüber gab es keine belastbaren Informationen. Es verwundert kaum, dass aus dieser Fakten- und Planungslage zunächst langwierige und erbitterte kostspielige Auseinandersetzungen auf juristischer Ebene erwachsen. Im Ergebnis ließen sich die wesentlichen Streitpunkte dann in einer Mediation beseitigen. Knackpunkt war dabei die Abkehr von juristischen Argumenten und das Herausarbeiten des beiderseitigen Interesses an einer Gleichbehandlung der Geschwister. Durch eine klare Regelung hätte sich der Streit vermeiden lassen, im Wege der Mediation fand er zumindest ein glimpfliches Ende.

²Institut für Demoskopie Allensbach (2018), S. 23 ff.

Das soeben erläuterte Beispiel zeigt: Orientiert sich bereits die Nachfolgeplanung zu Lebzeiten der Erblasserin an den Zielen von inhaltlicher Klarheit und streitbarer Nachlassabwicklung, reduziert dies **Quantität und Destruktivität** erbrechtlicher Konflikte nach ihrem Tod massiv. Eine Nachfolgeplanung, die diese Ziele verwirklicht, lässt sich entlang den aus § 3 bekannten Kernphasen einer Mediation strukturieren. Eine wichtige Rolle spielt dabei die Reflektion der Erblasserin über ihre eigenen Interessen und diejenigen der weiteren Beteiligten. Ihre Berater sollten dabei im Auge haben, dass erbrechtliche Planungen und Auseinandersetzungen regelmäßig zu **komplex und emotional belastet** sind, um schnellen und einfachen Lösungen unmittelbar zugänglich zu sein.

Während die Einleitung einer Mediation bei bereits bestehendem (Erbrechts-) Konflikt kein Selbstläufer ist,³ wird eine **Initiative der Erblasserin**, die Nachfolgeplanung gemeinsam zu besprechen, häufig erfolgreich sein. Dabei sollte die Erblasserin jedoch auf gewisse Anlaufschwierigkeiten vorbereitet sein, um Enttäuschungen, die sich negativ auf das Klima der Zusammenarbeit auswirken können, möglichst zu vermeiden. Auch bei den weiteren Beteiligten kann es Gründe geben, die eine Beschäftigung mit der Nachfolgeplanung erschweren. Die Tabuisierung der Vergänglichkeit der Erblasserin kann bei den Abkömmlingen oder (Ehe-)Partnern sogar stärker als bei der Erblasserin selbst ausgeprägt sein. Dies gilt noch einmal umso mehr, wenn diese ihre Nachfolgeplanung frühzeitig angeht.

5.1 Entscheidung für einen interessenorientierten Planungsansatz

Erörtern die Beteiligten ihre Interessen nicht im Rahmen eines klassischen Streitverfahrens, sondern bereits vor der Entstehung eines Konflikts bzw. im konkreten Fall im Rahmen einer präventiven Nachfolgeplanung, obliegt die Gesprächssteuerung nicht unbedingt einer Mediatorin, sondern wird zumindest vorläufig von einem Berater wahrgenommen. Das kann durchaus der „Hausanwalt“ der Erblasserin sein, der im Laufe des Verfahrens ggf. die Hilfe einer professionellen Mediatorin hinzuzieht. Dieses Modell eröffnet einen niederschweligen Zugang zu einer interessenorientierten Nachfolgeplanung, denn der Hausanwalt ist weiterhin (bezahlter) Bestandteil der **Wertschöpfungskette** und hat keinen Grund zur Sorge vor der Abwerbung des Gesamtmandates. Gleichzeitig zeigt die Erfahrung, dass Mandanten es durchaus schätzen, wenn Hausanwälte erkennen, an welchen Stellen das Hinzuziehen einer Expertin dem Wohl der Mandantin dient. Sowohl die Einschätzung der Gesamtkompetenz des Hausanwalts als auch das in ihn gesetzte Vertrauen steigen damit im Ergebnis eher an.

Die wesentlichen Schritte einer nach den Phasen einer Mediation strukturierten, interessenorientierten Nachlassplanung seien im Folgenden jeweils unter Bezug auf einen Beispielsfall aus der Praxis erläutert.

³Risse (2018), § 69 Rn. 23.

Beispiel

Erblasser Eduard (74) ist seit mehr als vierzig Jahren mit Frida (64) im gesetzlichen Güterstand verheiratet. Beide stammen aus gutbürgerlichen Verhältnissen, und Eduard blickt auf ein erfolgreiches Berufsleben zurück. Nach dem „aktiven“ Managerleben beteiligt er sich an jungen Unternehmen. Diesen stellt er Kapital, vor allem aber auch Expertise und sein Netzwerk zur Verfügung. Auch anderweitig ist er ein gefragter Gesprächspartner und bezieht laufende Einnahmen aus diversen Beratungs- und Aufsichtsratsstätigkeiten mittelständischer Unternehmen. Derweil bezieht Frida Einnahmen aus der Vermietung einer signifikanten Auslandsimmobilie, die ihr Eduard vor mehr als zehn Jahren übertragen hatte. Ihr übriges – weitgehend ererbtes – Vermögen ist konservativ angelegt.

Aus der Ehe stammen die beiden Kinder Stefan (40) und Tamina (38). Das jüngste Kind von Eduard, Bijan (15), stammt aus einer außerehelichen Beziehung zwischen Eduard und Mara (42). Stefan gilt als risikoaffiner – mancher würde sagen waghalsiger – Lebemann mit stark schwankendem Einkommen. Tamina arbeitet erfolgreich in der Finanzbranche mit entsprechendem Einkommen. Mara wechselt häufiger ihre meist schlecht bezahlten Anstellungen und kämpft regelmäßig mit Liquiditätsproblemen. Aus der Vergangenheit ist bekannt, dass sie auch generell schlecht mit Geld umgehen kann. Bijan besucht (gerne) eine international ausgerichtete Privatschule, die Eduard bezahlt.

Zwischen Stefan und Tamina besteht regelmäßiger aber eher loser Kontakt; zu Bijan und Mara haben beide ebenso wenig Kontakt wie Frida. Eduard pflegt seinen Kontakt mit Bijan und Mara. Er verheimlicht die Treffen nicht, gesprochen wird darüber aber auch nicht. Seinen finanziellen Verpflichtungen gegenüber Bijan kommt er stets großzügig nach und unterstützt auch Mara immer wieder, ohne dass eine entsprechende Rechtspflicht bestünde. Mündlich hat er Mara oft versichert, dass sie sich auf ihn in finanzieller Notlage verlassen könne.

Eduard ist bei guter Gesundheit; gelegentlich aufkommende Gedanken über die eigene Endlichkeit schiebt er konsequent beiseite. Er sieht daher auch keine Veranlassung sich Gedanken über ein Testament zu machen. Zudem ist er sich der Komplexität einer etwaigen Erbauseinandersetzung bewusst, scheut aber die Auseinandersetzung hierüber und vertraut darauf, dass alle Beteiligten im Erbfall schon rational und damit ohne große Konflikte „sein Erbe“ regeln werden.

Es bedarf keiner großen Phantasie oder Erfahrung in erbrechtlichen Angelegenheiten, um zu erkennen, dass das Konfliktpotenzial in einem solchen Fall immens ist. Sollte es zu einem unregelmäßig Erbfall kommen, wird dieser fast zwangsläufig zu massiven Auseinandersetzungen auf juristischer wie persönlicher Ebene führen. Eine reflektierte, interessenorientierte Nachfolgeplanung liegt im Interesse aller Beteiligten. Weil dies

für Eduard als unmittelbar Betroffenen schwer zu sehen ist, braucht es im Zweifel einen Fingerzeig von einer familiären Autoritätsperson, einem Anwalt oder einer Notarin, um ihn für das Thema zu sensibilisieren.

5.2 Bestandsaufnahme

Analog zum Vorgehen in einer Mediation⁴ sollte sich an die Entscheidung zugunsten einer interessenorientierten Nachfolgeplanung eine **Bestandsaufnahme** anschließen. Das bedeutet: Die Gesprächsparteien sollten gemeinsam den Hintergrund ausleuchten, vor dem die Nachfolgeplanung stattfinden soll. Diese Sachverhaltsklärung dient naturgemäß einerseits dem Verständnis der mandatierten Anwältin, sie dient aber auch der Selbstvergewisserung bzw. gegenseitigen Vergewisserung der beteiligten Personen, wer für die Erbfolge eine Rolle spielen könnte und welche Details aus der Familiengeschichte für die Planung Bedeutung entfalten könnten.

5.2.1 Personen

Die erste Station der Bestandsaufnahme sollte stets darin bestehen, dass die bereits am Planungsprozess beteiligten Personen – häufig wird dies auch nur die Erblasserin mit ihrem Hausanwalt sein – gemeinsam überlegen, welche weiteren Personen zu welchem Zeitpunkt in die weitere Planung mit einbezogen werden sollten und in welchem Verhältnis diese zueinander stehen. In Betracht kommen dabei unter anderem Ehegatten, Lebenspartner, unverheiratete Partner, Abkömmlinge, weitere Verwandte oder sonstige enge Bezugspersonen wie Haushaltsgehilfen oder Pflegepersonal.⁵ Die Entscheidung, wer zur Nachfolgeplanung im Stadium der gemeinsamen Interessenermittlung hinzugezogen werden sollte, sollte sich grundsätzlich daran orientieren, wessen Verhalten oder Input relevant oder notwendig für die **Realisierung der Interessen** der Erblasserin ist. Dies ist letztlich eine Frage der Abwägung im Einzelfall. Dabei ist einerseits zu berücksichtigen, dass die für den Prozess bedeutsamen Interessen einen Statthalter erhalten, dass die Zahl der Beteiligten aber insgesamt nicht unübersichtlich wird.⁶

⁴Siehe oben in Abschn. 3.2.2.

⁵Eine Erbeinsetzung oder ein Vermächtnis an Angestellte einer Pflegeeinrichtung ist allerdings mit Blick auf § 14 HeimG problematisch; für frei tätige Pfleger oder Angestellte mobiler Pflegedienste gelten teilweise länderspezifische Sonderregeln.

⁶Eingehend zur Planung des Teilnehmerkreises Bühring-Uhle et al. (2017), S. 173 ff.

Besondere Herausforderungen treten naturgemäß dann auf, wenn bestimmte Personen enterbt oder bekannte **Erwartungen enttäuscht** werden sollen. Häufig findet eine Kommunikation hierüber noch nicht zu Lebzeiten der Erblasserin statt; die „Bombe platzt“ dann erst nach ihrem Tod. Orientiert man sich jedoch am Interesse der konfliktarmen Nachfolgeplanung und Abwicklung, bedarf eine solche Weichenstellung jedoch sorgfältiger Abwägungen. Dies gilt auch dann, wenn das Verschweigen als der zunächst einfachere Weg wahrgenommen wird. Die offene Grundhaltung einer Erblasserin, die sowohl vorläufig anvisierte Erben und Vermächtnisnehmer wie auch potenziell zu enterbende Angehörige einbezieht, kann nämlich durchaus Vorteile mit sich bringen. Man sollte regelmäßig nicht zu früh abschreiben, dass ein bis dato ungeliebtes und zur Enterbung vorgesehenes Kind die kooperative Haltung der Erblasserin erwidern und sich ggf. sogar ein wenig mit ihr aussöhnen könnte. Selbst wenn es nicht dazu kommt, mag es häufig besser sein, eine sich anbahnende Enterbung offen zu kommunizieren, Verständnis und Akzeptanz zu schaffen und ggf. durch eine Vorabzahlung mit Pflichtteilsverzicht abzusichern, als das Problem auf die Zeit nach dem Erbfall zu verschieben. Regelmäßig empfiehlt es sich, nicht berücksichtigte „Erbschaftsanwärter“ zwar nicht in die detaillierte Nachfolgeplanung einzubeziehen, ihnen aber zumindest am Anfang und am Ende des Prozesses Gehör zu gewähren und sie generell transparent zu informieren. Freilich besteht bei einer Einbindung nicht berücksichtigter Dritter das Risiko, dass sich destruktive Konflikte schon zu Lebzeiten der Erblasserin einstellen oder verstärken und dadurch die sonstige Nachfolgeplanung torpedieren.

Nicht unbedingt einfacher zu beantworten ist die Frage, ob die Erblasserin diejenigen an ihrer Planung beteiligen sollte, denen sie nennenswerte Vermögensbestandteile übertragen möchte. Eine Beteiligung empfiehlt sich naturgemäß dann, wenn bereits zu Lebzeiten der Erblasserin organisatorische Schritte zu gehen sind, etwa weil die Erben bestimmte unternehmerische Rollen von der Erblasserin übernehmen sollen. Geht es hingegen um eine klassische Erbfolge, die erst durch den Todesfall ausgelöst wird, haben viele Erblasser ein Interesse an Geheimhaltung ihrer Planung, weil sie bis zu ihrem Tod nicht als Geldgeber, sondern als Menschen wahrgenommen werden möchten.

Im oben bereits eingeführten Praxisbeispiel hatte Erblasser Eduard zunächst die Absicht, seine Vorstellungen von der Nachfolgeplanung und die Interessenermittlung mit Frida, seinen drei Kindern und seinem Berater vorzunehmen. Aus Praktikabilitätsgründen schlug er hierzu sein Büro am Familiensitz vor. Ein erstes Vorbereitungsgespräch mit Frida brachte jedoch zu Tage, dass Frida ein gemeinsamer Termin mit Bijan widerstrebte; keinesfalls wollte sie Bijan in ihrem Haus sehen. Es stand also nicht zu erwarten, dass Frida mit der notwendigen Offenheit, oder überhaupt, teilnehmen würde. Gleichzeitig erkannte Eduard, dass Frida als seine Ehefrau erwartete, inhaltlich vor den Kindern eingebunden zu werden. Vor diesem Hintergrund erarbeitete Eduard gemeinsam mit sei-

nem Berater folgenden Ablauf der Planungen in den nächsten zwei Monaten: Auf den Vorschlag des Beraters hin werden die ersten Termine mit separiertem Teilnehmerkreis durchgeführt. In der Folge kommt es zu Terminen mit Frida und jedem der Kinder sowie mit Mara. Der Termin mit Bijan und Mara beginnt gemeinsam; danach spricht Eduard jedoch noch einzeln mit Bijan und Mara.

Besondere Fragen werden aufgeworfen, wenn ein Teil des involvierten Personenkreises noch minderjährig ist. In der erbrechtlichen Praxis ist dies alles andere als eine Ausnahme. Im Hinblick auf die **Einbindung Minderjähriger** in die umfassende Interessenermittlung ist auf ihren Reifegrad abzustellen. Denkbar ist hier insbesondere, dass sich Minderjährige durch eine Vertreterin in der Planung repräsentieren lassen, dass sie mit einem Begleiter erscheinen oder dass sie nur zu einzelnen Planungsterminen selektiv hinzugezogen sind.⁷ Besondere Erfahrung und Finger-spitzengefühl des Beraters bzw. der Mediatorin sind an dieser Stelle unerlässlich.

Der Fall Eduard enthält auch diese Komponente. Der Minderjährige Bijan wird gesetzlich durch seine Mutter vertreten. Gleichzeitig stellt sich im Falle der Beteiligung Minderjähriger am Nachlass stets die Frage, inwieweit die Zustimmung eines Dritten erforderlich ist. Regelmäßig wird man für den Minderjährigen einen Ergänzungspfleger bestellen müssen. Ansonsten ist stets zu prüfen, ob der Vertreter für sein Handeln einer Zustimmung des Familiengerichts bedarf.⁸

Entscheidet sich die Erblasserin dafür, potenzielle Erben an ihrer Planung zu beteiligen, so muss ihr Anwalt darauf achten, dass er seine Loyalität ausschließlich seiner Mandantin schuldet. Bei der Einbeziehung Dritter ohne Beiziehung weiterer Anwälte ist es daher wichtig, dass die weiteren Gesprächsteilnehmer den Anwalt der Erblasserin nicht auch als ihren Berater wahrnehmen. Eine Beratung mehrerer Personen mit auch nur teilweise gegenläufigen Interessen wäre unzulässig nach § 43a Abs. 4 BRAO, § 3 Abs. 1 BORA und brächte ein erhebliches Haftungsrisiko mit sich.⁹

⁷Ähnlich ist das Konzept einer „Stimme des Kindes“ im familientherapeutischen Kontext sowie in bestimmten familienrechtlichen Streitverfahren; siehe dazu Gammer (2009), passim; Engel (2013), S. 172.

⁸Ausführlich dazu Pawlytta (2018), § 42 Rn. 3 ff.

⁹Zu Haftungsgefahren eines Vermittlers mit Interessenkollisionen BGH Urt. v. 21. September 2017, IX ZR 34/17, <https://openjur.de/u/973687.html>; Duve et al. (2019), S. 98; Eidenmüller (2015), S. 171 ff.; Ade und Alexander (2017), S. 149.

Die Einbindung einer **Mediatorin** erfolgt nach dem Vorgesagten nur und erst im Bedarfsfall. Sollte bereits im Anfangsstadium für den Erblasser oder seine Beraterin aufgrund der Vermögens- oder Familiensituation ein hohes Konfliktpotenzial absehbar sein, kann die Hinzuziehung einer Mediatorin von Anfang an sinnvoll sein. Die Beteiligten sollten in einem solchen Fall jedoch strikt darauf achten, dass die Mediatorin ihre Neutralität wahrt und nicht etwa „im Lager der Erblasserin“ steht.

5.2.2 Vermögen

Regelmäßig werden die an der Nachfolgeplanung beteiligten Personen sich anschließend einen Überblick über das Vermögen der Erblasserin verschaffen. Es gibt zwar Fälle, in denen der genaue Vermögensbestand auch nach ihrem Tod nie genau ermittelt werden muss; insbesondere bei Bestimmung einer Alleinerbin ohne Enterbung naher Angehöriger wird dieser Fall eintreten. Gerade bei großen Erblasservermögen wird sich die Vermögensnachfolge aber regelmäßig auf mehrere Personen verteilen. Für diesen Fall ist es unabdingbar zu wissen, was der Erblasserin gehört und welche Verbindlichkeiten sie noch zu bedienen hat. Forderungen in durchaus beträchtlicher Höhe können sich auch aus weniger bekannten Grundlagen ergeben, wie etwa Ansprüche wegen enttäuschter **Erberwartung** oder fehlgeschlagener **Vergütungserwartung** sowie aus der Beendigung nichtehelicher Lebensgemeinschaft.¹⁰ Auf der anderen Seite ist neben den Erblasserverbindlichkeiten stets auch an mögliche Haftungen für **fremde Schuld**, wie etwa übernommene Bürgschaften und Grundschuldbestellungen im Fremdinteresse, zu denken.¹¹ An dem so festgestellten Vermögensbestand kann sich bis zum Erbfall naturgemäß noch vieles ändern. Gleichwohl stellt eine dann Jahre zurückliegende Momentaufnahme immer noch einen guten Anhaltspunkt dar, der viel Misstrauen unter den Nachfahren der Erblasserin vermeiden kann.

Insbesondere dann, wenn sich eine Testamentsvollstreckerin später über den Nachlassbestand Klarheit verschaffen möchte oder ein Pflichtteilsberechtigter nach § 2314 BGB auf ein detailliertes Nachlassverzeichnis pocht, erweist sich eine Vermögensaufstellung aus der Hand der Erblasserin selbst als ungemein nützlich. Regelmäßig werden die Beteiligten bereits in diesem frühen Stadium der Nachfolgeplanung vereinbaren, dass die Erblasserin das Vermögensverzeichnis in regelmäßigen Abständen aktualisiert und an einer näher bezeichneten Stelle – etwa bei ihrem Hausanwalt – hinterlegt.

¹⁰Kössinger (2020), § 1 Rn. 134 ff.

¹¹Kössinger (2020), § 1 Rn. 124 ff.

Eduards Nachlass setzt sich wie folgt zusammen: Den größten Einzelwert stellt das Familienheim am Starnberger See mit einem Verkehrswert von etwa drei Millionen Euro dar. Daneben hatte Eduard fünf kleinere Wohnungen in München und im Münchener Umland erworben, die sämtlich vermietet sind. Der Verkehrswert beläuft sich auf jeweils eine halbe Million Euro. Weitgehend liquide Mittel sind in Höhe von etwa eineinhalb Millionen Euro vorhanden. Die diversen, wenig liquiden, Unternehmensbeteiligungen an jungen Unternehmen haben einen Buchwert von zwei Millionen Euro. Eine (Verkehrswert-)Bewertung ist kaum möglich; die Beteiligungen sind auf dem freien Markt auch kaum veräußerbar und es bestehen weitreichende Veräußerungsbeschränkungen.

Unverzichtbare Grundlage für eine umfassende Nachfolgeplanung ist auch die Erstellung einer kurz- und mittelfristigen **Liquiditätsplanung** bei komplexer Nachlasszusammensetzung. Während die laufende periodengerechte Gegenüberstellung von „Zahlungsmitteln [...] und fälligen Verbindlichkeiten“ für Unternehmen selbstverständlich ist,¹² wird dieser Punkt in der erbrechtlichen Praxis häufig nicht in der notwendigen Detaillierung beachtet. Dabei geht es nicht nur um die Liquiditätsplanung im Hinblick auf den Nachlass, sondern auch um eine Liquiditätsplanung im Hinblick auf die **Erben**, einschließlich der wirtschaftlichen Folgen von Vermächtnissen, etwaigen Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüchen sowie der erbschaftsteuerlichen Belastungen und gegebenenfalls entsprechender finanzieller Vorsorge. Es geht dabei nicht unbedingt um konkrete Zahlen, sondern eher darum, das Bewusstsein der Beteiligten dafür zu schärfen, dass sie in der Zukunft in bestimmten Situationen Liquidität benötigen oder auch freisetzen werden.

Beispiel

Größere Verbindlichkeiten im Hinblick auf den Nachlass von Eduard bestehen nicht. Diese könnten sich nur dann ergeben, wenn aufgrund letztwilliger Verfügungen bei der Nachfolgeplanung Pflichtteilsansprüche entstehen. Aufgrund der Höhe des Nachlasses ist aber mit erheblicher Erbschaftsteuerlast zu rechnen. Bemessen lässt sich diese naturgemäß jedoch erst nach den Entscheidungen über die Ausgestaltung der letztwilligen Verfügungen und etwaiger vorweggenommener Erbfolgen. Überdies müssen die Beteiligten die Liquiditätsplanungen der potenziellen Erben und sonstigen relevanten Personen im Blick behalten. Unpro-

¹²Haas (2022), Vor § 64 Rn. 36.

blematisch erscheint die Liquidität von Frida und Tamina zu sein. Bijan und Mara benötigen hingegen laufend bzw. periodisch liquide Mittel. Auch Stefan verfügt nur über geringe Liquidität.

Selbst wenn die Nachfolgeplanung von Eduard noch ganz am Anfang steht, sollten Marker für die Liquiditätsplanung gesetzt werden, die im vorliegenden Fall aufgrund der Konstitution des Nachlasses überschaubar und handhabbar erscheinen. Im Einzelnen geht es um die Themen Finanzierung möglicher Pflichtteilsansprüche, Planung und Finanzierung der Erbschaftsteuerlast und Beachtung der Liquiditätsziele vor allem von Stefan, Bijan und Mara.

5.2.3 Ereignisse

Ein drittes Thema, das in der Bestandsaufnahme Erwähnung finden sollte, sind vergangene und für die Zukunft zu erwartende Ereignisse im Umfeld der Erblasserin. Hier geht es zum einen darum, dass alle Beteiligten einschließlich der eingebundenen anwaltlichen Berater wissen, welche familiären Vorfälle oder Konstellationen für die Planungen der Erblasserin bedeutsam sein könnten. Es könnte etwa sein, dass sie mit einem Schwiegersohn wegen dessen Lebensstils überkreuz liegt oder dass sie zu einem Zugehmann seit Jahren eine besondere Beziehung pflegt. Zum anderen mögen die Beteiligten auch für die Zukunft bestimmte Ereignisse erwarten, die für die Nachfolgeplanung bedeutsam sein könnten. Womöglich macht es für eine Unternehmensübergabe einen Unterschied, ob sich eine Enkelin der Erblasserin für ein betriebswirtschaftliches Studium entscheidet, inwieweit sich ihre Tochter von einer gefährlichen Krankheit erholt oder welchen Lebensmittelpunkt deren Ehefrau wählt. Der Eintritt solcher Eventualitäten lässt sich auch mit der notwendigen Sensibilität nicht sicher berechnen, für die Gesprächsteilnehmer ist es aber dennoch wichtig, sie im Blick zu haben, um sie ggf. auch in der Erbfolgevereinbarung abbilden zu können.

5.3 Interessen

Haben sich die Planungsbeteiligten im Wege der Bestandsaufnahme eine gemeinsame Ausgangsbasis verschafft, kommen sie schnell in Versuchung, nunmehr so gleich das Fell des noch lebenden Bären zu verteilen: Wer bekommt was? In Anwesenheit der Erblasserin wird diese Frage natürlich subtiler gestellt, aber letztlich sind die konkrete Aufteilung und das Nachfolgeprozedere ja längst in den Hinterköpfen vorgeplant und stellen für alle Beteiligten den zentralen Grund ihres Zusam-

mentreffens dar. Ganz im Sinne der in § 3¹³ dargestellten Mediationsprinzipien wäre dieses Vorgehen allerdings alles andere als zielführend, denn eine Werteverteilung ohne Vergewisserung der verteilungsrelevanten Kriterien führt dazu, dass das Ergebnis des Prozesses allenfalls zufällig den Interessen der maßgeblichen Beteiligten entsprechen kann. Werden die Interessen nicht in einem eigenen Schritt reflektiert und priorisiert, bleibt es in aller Regel bei den ursprünglichen Ideen der Erblasserin. Das ist nicht notwendig falsch, die für ihre Entscheidung aber vermutlich wichtigen Eventualitäten der Zukunft wie auch ihre bis dahin nicht näher beleuchteten Bedürfnisse bleiben damit außer Betracht.

5.3.1 *Vorbedingungen der Interessenermittlung*

Dass eine Erblasserin im Gespräch mit anderen ihre Bedürfnisse äußert, ist heute nach wie vor ungewöhnlich. Das liegt zunächst daran, dass die meisten Menschen zunächst keine Klarheit darüber haben, was ihnen mit Blick auf die letzten Dinge überhaupt wichtig ist. Dieser Befund betrifft Menschen mit eher überschaubarem Vermögen ebenso wie Inhaber großer Familienunternehmen. Hinzu kommt, dass die Interessenermittlung unbequem ist: Bei der Reflektion seiner Bedürfnisse muss man fast zwangsläufig eigene Perspektiven kritisch hinterfragen und hergebrachte Bewertungsmaßstäbe auf den Prüfstand stellen. Oftmals folgt darauf die unangenehme Erkenntnis, dass das eigene Verhalten in der Vergangenheit wenig geeignet war, die Durchsetzung der eigenen Interessen zu fördern.

Neben die Herausforderung, sich selbst in Frage zu stellen, tritt im Kontext eines Beratungsgespräch der **große Vertrauensvorschuss**, den die Erblasserin ihrer Beraterin gewähren muss, wenn sie mit ihr über ihre sehr persönlichen Motive und Bedürfnisse spricht. Kennen sich beide Akteure bereits aus früherer Zeit, ist womöglich schon eine gute Vertrauensbasis geschaffen; andernfalls liegt es am Geschick der Beraterin, durch ihr Auftreten und die Art ihrer Kommunikation Vertrauenswürdigkeit zu signalisieren.

Um dem zunächst unbequemen Unterfangen einer Offenlegung der individuellen Interessen zu entgehen, tragen viele Erblasser vage Ideen zur Erbfolge an ihre Berater heran und bitten sie, auf dieser Grundlage „einen ersten Entwurf“ zu erstellen. Der bereits oben dargestellte Prozess der **Delegation**¹⁴ dringt damit in die Nachfolgeplanung vor. Eine Beraterin, die nicht über das strategische Gespür und das kommunikative Handwerkszeug für die Interessenermittlung verfügt, wird auf diese Bitte hin regelmäßig einen positionsbasierten Entwurf für eine Erbfolgeregelung erstellen. Im schlechtesten, aber nicht seltensten Fall stammt dieser Entwurf dann auch noch weitgehend einem Formularbuch, das die Spezifika des konkreten Falles

¹³ Siehe oben in Abschn. 3.2.1.

¹⁴ Siehe oben in Abschn. 1.1.5.

natürlich nicht angemessen abbilden kann. Zwängt die Beraterin ihren Regelungsentwurf nicht in das Prokrustesbett eines starren Formulars, kann sie zwar die Ideen der Erblasserin berücksichtigen, die große Bandbreite ihrer Interessen bleibt indes ohne Beachtung. Zudem läuft die Erblasserin Gefahr, dass ihre Beraterin unbewusst eigene Überzeugungen in den Regelungsentwurf einfließen lässt, mit denen sie bei näherem Hinschauen nicht einverstanden wäre.

Die Interessenermittlung stellt insofern für die Erblasserin eine Herausforderung dar, gleichzeitig ist sie für die Beraterin ein regelrechtes Kunststück. Sie darf sich insbesondere nicht mit schnell artikulierten, offensichtlichen Interessen zufriedengeben, sondern sollte durch offene Fragen zu den wichtigen und häufig zunächst verborgenen Interessen und Bedürfnissen vorstoßen. Das ist schwierig, weil diese Bedürfnisse der Erblasserin häufig selbst nicht **bewusst** sind. Es geht also nicht schlicht um ein Frage-Antwort-Spiel, sondern um die Initiierung eines Nachdenkprozesses. Gerade am Anfang der Zusammenarbeit mit Unternehmer-Erblassern zeigt sich an dieser Stelle, dass diese oft gewohnt sind, lediglich ihre **Positionen** bekannt zu geben und deren Umsetzung zu erwarten. Das Nachfragen und Eingehen auf tieferliegende Motive und Interessen empfinden sie tendenziell als einen überflüssigen Fremdkörper.

In ganz praktischer Hinsicht haben Berater und Mediatoren gute Erfahrungen damit gemacht, die Interessenermittlung als das zentrale Stadium der strukturierten Nachfolgeplanung in einen anderen **Kontext** als die übliche Rechtsberatung zu verlegen. So kann es sich anbieten, für einen abgestimmten Zeitraum hierzu auch das Umfeld und die Örtlichkeit zu verändern. Statt Besprechungen zu den üblichen Arbeitszeiten in der Kanzlei der Beraterin lässt sich etwa ein Planungswochenende in einem entsprechend ausgestatteten Hotel in angenehmer Umgebung ansetzen.

5.3.2 Methodik der Interessenermittlung

Die wichtigste Technik bei der Ermittlung der Interessen ist das Stellen **offener Fragen**. Offene Fragen ermöglichen den Vorstoß von vordefinierten Positionen auf die tieferliegenden Interessen und Bedürfnisse. Wichtig ist dabei, dass die gefragte Person ausreichend Zeit erhält, um eine gute Antwort zu geben. Der Fragesteller tut gut daran, seinem Gegenüber nicht durch Antwortvorschläge „auf die Sprünge zu helfen“, denn solche Vorschläge engen den Gefragten sogleich ein und stören ihn beim Nachdenken darüber, wie er die Frage am treffendsten beantworten kann. Für die Fragestellerin gilt: Wenn im Anschluss an die Frage eine längere Pause entsteht, ist das kein schlechtes, sondern ein gutes Zeichen, denn gut überlegte Antworten bringen das Gespräch enorm weiter!¹⁵

¹⁵Duve et al. (2019), S. 146 ff.

Im Stadium der Nachfolgeplanung äußern die Beteiligten häufig konkrete Vorschläge für letztwillige Verfügungen und nehmen damit Positionen ein. Das dahinterliegende Interesse bildet aber auch hier das Motiv für die entsprechende Regelung. Will ein Erblasser beispielsweise seinen älteren Sohn durch Alleinerben-einsetzung des jüngeren Sohnes enterben, stellt die Alleinerbenstellung eine Position dar. Das dahinterliegende Interesse könnte dabei aber beispielsweise Gerechtigkeit sein, wenn der ältere Sohn im Wege der vorweggenommenen Erbfolge bereits das Immobilienvermögen erhalten hat. Denkbar wäre aber natürlich auch ein anderes Motiv, etwa ein friedliches Miteinander, da Erbengemeinschaften häufig streitbeladen sind und der ältere Sohn ein Vermächtnis als Ausgleich erhält, oder auch Angst, weil mit der Alleinerbenstellung quasi die Pflege im Alter „erkauft werden soll“.

Beispiel

Im Fall von Eduard liegen schließlich auf Basis einer intensiven Bestandsaufnahme und einem – nicht immer einfachen – Prozess der Interessenermittlung die Hauptinteressen von Eduard offen und sind bereits in der Reihenfolge der Darstellung priorisiert. Typischerweise kam und kommt es dabei im Laufe des Prozesses hierbei immer wieder zu Veränderungen und Verschiebungen. Dies verwundert nicht, weil Eduard aus diffusen Vorstellungen, die positionsgeprägt waren, die notwendige Klarheit über seine Interessen erst ermitteln musste.

Zentrales Motiv seiner Nachfolgeplanung ist, dass Eduard sein Erbe gerecht verteilen möchte. Fast ebenso wichtig wie eine gerechte Aufteilung seines Vermögens ist es ihm, dass der Nachlass konfliktfrei abgewickelt wird und der ohnehin strapazierte Familienfriede nicht weiter belastet wird. Er hat erkannt, dass das voraussetzt, dass seine Nachlassregelung im Grunde von allen akzeptiert wird. Diese Akzeptanz erfordert Kenntnis und idealerweise Verständnis seiner Motivationen.

Unabhängig vom Erbfall liegt Eduard am Herzen, dass der Geschwisterzusammenhalt gefördert wird und friedliche Koexistenz zwischen Frida und Bijan einkehrt. Zwischen Stefan, Tamina und Bijan wünscht er sich intensiveren Kontakt und hofft, dass Stefan und Tamina Bijan mit Wissen und Lebenserfahrung zur Seite stehen.

Seine Zusage Mara gegenüber, dass sie sich in finanzieller Notlage auf ihn verlassen könne, will Eduard auch für die Zukunft und im Hinblick auf sein Erbe gesichert wissen. Auch die finanziellen Grund- und Liquiditätsbedürfnisse von Frida und den drei Kindern möchte er befriedigen. Ebenso soll die Ausbildung von Bijan wie bisher sichergestellt sein und Bijan ebenso wie Stefan und Tamina die Ausbildung oder das Studium seiner Wahl aufnehmen können, ohne deshalb mit Schulden in das Berufsleben starten zu müssen. Gleichzeitig möchte Eduard vermeiden, dass Bijan bereits in jungen Jahren über hohes Vermögen selbst verfügen kann. Über den Schutz des Vermögens von Bijan soll eine Person wachen, zu der Eduard Vertrauen hat.

Den Mittelpunkt der gemeinsamen Familie will Eduard dauerhaft in der Familie erhalten. Da Bijan in diesem Haus nie gelebt hat, stehen dabei Stefan und Tamina an erster Stelle. Eduard wünscht sich – bisher unausgesprochen – dass Stefan und/oder Tamina das Haus später gemeinsam nutzen. Idealerweise sollen sie mit einziehen, sobald Frida und er oder der länger lebende Unterstützung benötigen. Grundstück und Haus sind im Hinblick auf den Platz ausreichend dimensioniert bzw. die Erweiterung des bestehenden Hauses ist vorstellbar. Der Berater weist Eduard hier darauf hin, dass konkrete Bausteine einer Nachfolgeregelung erst später besprochen werden; insofern belässt es Eduard hier bei einer Andeutung.

Während die steuerliche Optimierung zunächst als wichtig vorgetragen wurde, liegt der Fokus nun auf den vorgenannten Punkten. Am Ende soll dann jedoch noch eine steuerliche Optimierung erfolgen.

Die Ermittlung und Erörterung der Interessen benötigen Zeit und Sorgfalt. Ebenso wie in einer klassischen Mediation kann sie sich auch bei einer interessenorientierten Nachfolgeplanung durchaus über mehrere Stunden hinziehen. Naturgemäß geht es bei der Nachfolgeplanung vor allem um die Interessen der Erblasserin. Regelmäßig wird diese aber auch versichern, die Bedürfnisse der anderen Beteiligten berücksichtigen zu wollen. Die Erfahrung zeigt, dass die „Akteure auf der Nehmerseite“ in dieser Situation keine unverschämten Forderungen stellen, sondern meistens auf Anhieb vergleichsweise treffend formulieren können, was ihnen bei der Nachfolgegestaltung wichtig ist.

5.3.3 Ergebnis der Interessenermittlung

Die Interessen der Erblasserin und ggf. der ihr nahestehenden Personen bilden den Maßstab für ihre Entscheidung, welche erbrechtlichen Regelungen für sie vorzugswürdig sind. Ohne Klarheit und Reflektion über diese Interessen können Nachfolgeregelungen in der Regel nur Ergebnis von Bauchentscheidungen oder mehr oder minder unbewussten Pfadabhängigkeiten sein. Entscheidend ist dann meistens, welche Regelungen in solchen Fällen üblich sind oder was eine einflussreiche Bezugsperson – womöglich unter Einfluss von Eigeninteressen – empfohlen hat. Die Qualität solcher Lösungen lässt sich allerdings auch mit einem Laienratgeber für 20 Euro erreichen; für wenig mehr Geld lässt sie sich mit einem Online-Testamentsgenerator¹⁶ vermutlich sogar übertreffen.

¹⁶Siehe etwa das Angebot von Smartlaw unter <https://www.smartlaw.de/testament>.

Im Vergleich zu dieser Konfektionsware ist eine selbst erarbeitete, interessenorientierte Lösung der Maßanzug und damit das entscheidende Argument dafür, dass die Erblasserin signifikant Zeit und Geld in die Nachfolgeplanung investiert.¹⁷ Wer einmal selbst an einer Erbrechtsmediation oder einem interessenorientierten Planungsprozess teilgenommen hat, erinnert sich erfahrungsgemäß Jahre und Jahrzehnte später noch vor allem an die kathartische Wirkung des gemeinsamen Nachdenkens über Interessen und das dadurch deutlich verbesserte gegenseitige Verständnis innerhalb des Familienkreises.

Beispiel

Auch im Fall von Eduard lässt sich unter allen Beteiligten Einvernehmen darüber herstellen, dass Konflikte im Hinblick auf den späteren Erbfall möglichst vermieden werden sollen. Gleichzeitig machen gerade Frida und Mara für Bijan klar, dass ein Verzicht auf bestehende Rechte für sie nicht in Frage komme.

Das von Eduard ins Spiel gebrachte Kriterium einer *gerechten* Nachlassaufteilung interpretieren die Beteiligten zwar teilweise unterschiedlich, können es aber als solches akzeptieren. Frida meint, der Nachlass dürfe keinesfalls unter ihrem Ausschluss zu gleichen Teilen auf Stefan, Tamina und Bijan aufgeteilt werden, denn ihr stehe das halbe Erbe zu. Keinesfalls wolle sie Bijan etwas schenken, der nach ihrer Auffassung lediglich seinen Pflichtteil erhalten soll. Wenn sie noch vor Eduard versterbe und er sie beerbe, dürfe Bijan nicht über diesen Umweg einen Teil ihres Vermögens erhalten.

Mara und Bijan sind hingegen an einer vollständige Gleichbehandlung der Halbgeschwister einschließlich eines Ausgleiches bisheriger überverhältnismäßiger Leistungen interessiert. Bijan soll nach ihren Vorstellungen „endlich auf einer Stufe“ mit Stefan und Tamina stehen. Zugleich legen sie großen Wert auf eine formale Gleichbehandlung bei der Erbenstellung unabhängig von der Zuwendungsquote.

Frida setzt sich vehement gegen Leistungen aus dem Erbe an Mara ein. Die außereheliche Beziehung ihres Mannes habe schließlich ihre Ehe gefährdet. Mara vertraut für wirtschaftliche Notlagen auf Eduards Zusagen zur Unterstützung und will diese abgesichert wissen. Bijan benötigt die finanzielle Sicherheit, seine Schule und spätere Ausbildung ohne finanzielle Belastungen durchführen zu können. Dies hat Eduard bisher stets sichergestellt und als selbstverständlich zugesagt.

¹⁷Dieses Bild prägte Hartung (2017), S. 21.

Während Stefan und Tamina beide sicherstellen wollen, dass der Familiensitz dauerhaft in der Familie bleibt, und Bijan keinerlei Interesse an der Immobilie an sich zeigt, können sich weder Stefan noch Tamina vorstellen, gemeinsam dort zu wohnen. Aktuell wäre Stefan auch der Anteil an quasi gebundenem Vermögen zu hoch, sollte er den Familiensitz erhalten. Im Verkaufsfall durch Tamina will er aber auf jeden Fall einbezogen werden. Tamina kann sich hingegen vorstellen, später in den Familiensitz einzuziehen, bei Pflegebedarf der Eltern auch früher. Aufgrund ihrer beruflichen Belastung setzt dies aber voraus, dass umfassende professionelle Unterstützung durch Pflegekräfte vor Ort sichergestellt ist, worauf das Haus derzeit nicht vorbereitet ist. Stefan möchte das Haus bei Tamina mit dem Verkehrswert ansetzen und einen gegebenenfalls erzielbaren Steuervorteil für die selbstgenutzte Immobilie aufteilen. Tamina erwartet den Ansatz eines geringeren Wertes als den Verkehrswert, da das Vermögen schließlich quasi illiquide sei und außer dem Wohnwert keinerlei Rendite erwirtschaftete. Ein Steuervorteil stehe ihr alleine zu, da dieser mit einer langen Bindung hinsichtlich des Wohnsitzes „erkauft“ werde.

Im Verlaufe des Nachfolgeprozesses kommen sich die Halbgeschwister insgesamt auf persönlicher Ebene näher. Dennoch sind sich alle drei einig, dass es möglichst wenige erzwungene Verbindungen geben soll. Auch Stefan und Tamina wollen keinesfalls eine gemeinsame Vermögensverwaltung im Hinblick auf die Beteiligungen. Die Entwicklung mit Bijan wollen sie langsam angehen. Beide haben aber zu erkennen gegeben, dass sie gerne mit ihm regelmäßig ihre jeweiligen Sichtweisen auf die Finanzangelegenheiten erörtern und bei Fragen zur Verfügung stehen wollen. Es hat sich auf sehr emotionale Weise herausgestellt, dass der Kontakt bisher mit Rücksicht auf Frida unterblieben war.

Eduard und die Bedachten möchten nach grundlegenden Einigungen über die Nachlassplanung gemeinsam Liquiditätsüberlegungen und erbschaftsteuerliche Optimierungen vornehmen. Inzwischen steht dieser Punkt bei keinem der Beteiligten mehr im Vordergrund.

5.4 Bausteine für eine Nachfolgeregelung

Die Interessen der Beteiligten bilden die Basis für eine unvoreingenommene Erörterung möglicher Elemente einer Nachfolgeregelung. Man kann sich diese Phase des Planungsprozesses wie einen Rubikswürfel vorstellen: Es geht darum, möglichst viele denkbare Bausteine einer Nachfolgeregelung zu erwägen, daraus einen ersten Lösungsvorschlag abzuleiten und diesen durch sorgfältiges Abklopfen möglicher Verbesserungen möglichst weit zu optimieren.

5.4.1 Methodik der Entwicklung von Regelungselementen

Entsprechend dem bei der klassischen Streitmediation vorgestellten¹⁸ Ansatz empfiehlt es sich auch bei einer interessenorientierten Nachfolgeplanung, unter Bezugnahme auf die zuvor erarbeiteten Interessen denkbare Lösungsoptionen zunächst ohne jegliche Kritik zu sammeln und sie erst in einem zweiten Teilschritt zu bewerten und in ein juristisches Kleid zu hüllen.

Es ist bei der Sammlung möglicher Lösungselemente von entscheidender Bedeutung, dass sich die Beteiligten dazu zwingen, eine postwendende Bewertung neu aufkommender Lösungsideen unbedingt zu unterlassen. Denn die Erfahrung zeigt, dass eine Einordnung der Ideen in Kategorien wie „gut möglich“, „schwierig“ oder „ausgeschlossen“ eine kreative Fortsetzung des Nachdenkprozesses im Keim erstickt.¹⁹ Wer glaubt, bereits eine gute Lösung auf dem Tisch zu haben, spart sich üblicherweise das energische Nachdenken über alternative Möglichkeiten. Wer mit seinem ersten Vorschlag sogleich auf entschiedene Ablehnung gestoßen ist, hat geringe Bereitschaft dafür, sich mit einer zweiten Idee umgehend die zweite Abfuhr abzuholen. Deswegen wird im Unterschied zu mancher TV-Quizshow der zuerst geäußerte oder der nach kurzem Nachdenken am plausibelsten klingende Vorschlag nicht sogleich eingeloggt, sondern sämtliche Ideen werden ohne Filter oder Priorisierung aufgenommen und für die Gesprächsteilnehmer visualisiert. Ideenbündel oder Wenn-Dann-Konstruktionen sollten aufgebrochen werden, denn sie enthalten im Kern bereits die Aussage, dass sich die Urheberin der Idee eine andere Zusammensetzung kaum vorstellen kann.

Es ist die Aufgabe der Gesprächsleiterin, diese Regeln behutsam einzufordern und durchzuhalten. Das erfordert Erfahrung, kommunikative Sensibilität und regelmäßig ein entschiedenes Vorgehen. Die Herausforderung besteht darin, die kreative Ideensuche nicht verfrüht in eine Diskussion des Für und Wider und in eine Erörterung juristischer Konstruktionen umschlagen zu lassen. Diese wägenden und bewertenden Überlegungen sollte eine Gesprächsleiterin erst zulassen, wenn das Spektrum möglicher Regelungsoptionen wirklich gründlich ausgeschöpft ist. Das ist in der Praxis nicht in 30 Minuten zu erledigen, sondern dauert bei kommunikativ guter Gesprächsführung in der Regel durchaus mehrere Stunden.

Haben die Beteiligten die Tür zum Raum der möglichen Regelungselemente erst einmal weit aufgestoßen, fallen ihnen die weiteren Schritte erfahrungsgemäß sehr leicht. Bei der Auswahl zwischen den möglichen Regelungsoptionen hat die Erblasserin naturgemäß das letzte Wort; sie wird hier aber regelmäßig auch an der Meinung ihrer Gesprächspartner interessiert sein. Die Übersetzung dieser Wahlentscheidung in ein kautelarjuristisch treffendes Format ist sodann Sache ihres anwaltlichen Begleiters bzw. der ggf. zugezogenen Notarin.

¹⁸ Siehe oben in Abschn. 3.2.2.4.

¹⁹ Ausführlich Duve et al. (2019), S. 186 f.

5.4.2 Verhaltensleitlinien für Erbengemeinschaften

Besondere Aufmerksamkeit ist angebracht, wenn die Entscheidung der Erblasserin dahin geht, mehrere Personen als ihre Erben zu bezeichnen und damit nach ihrem Tod eine Erbengemeinschaft nach § 2032 Abs. 1 BGB entstehen zu lassen. Das Gesetz notiert hier recht kursorisch, dass der Nachlass gemeinschaftliches Vermögen der Erben wird. In diesem Satz liegt freilich eine enorme Sprengkraft und eine der Hauptursachen erbrechtlicher Auseinandersetzungen. Denn die von einem Dritten – hier: der Erblasserin – verfügte Zwangsgemeinschaft der Erben drängt Personen ohne ihre Zustimmung in eine Rechtsgemeinschaft, die zwar aus Sicht des Gesetzgebers zeitnah aufgelöst werden soll, die sich aber gleichwohl nur durch *gemeinsames* Handeln auflösen lässt. Dass es hier regelmäßig Streit gibt, ist mit Blick auf diese Rahmenbedingungen geradezu vorprogrammiert.

Sobald es Reibungspunkte unter den Miterben gibt, ist eine Auseinandersetzung ohne **wirtschaftliche Schädigung** des Nachlasses und ohne massive Konflikte kaum vorstellbar. Das Konfliktpotenzial ist auch deswegen so hoch, weil sich die Beteiligten durch den Tod der Erblasserin regelmäßig in einer emotionalen Krisenphase befinden und damit anfälliger für Konflikteskalationen sind. Erbengemeinschaften bergen daher enormes **Gefährdungspotenzial** für die Fortexistenz von Unternehmen.²⁰ Und auch ohne die zusätzliche Komplexität einer Unternehmensnachfolge werden **Streitigkeiten** „selten so heftig geführt, wie dies bei Erbengemeinschaften häufig der Fall ist.“²¹

Für die an der Nachfolgeplanung beteiligten Berater bedeutet dies: Sie sollten die Beteiligten über Gefahren aufklären, die mit Miterbengemeinschaften typischerweise verbunden sind. Anschließend sollten die Gesprächsteilnehmer erörtern, wie die Miterben mit den womöglich zu erwartenden Problemen idealerweise umgehen könnten. Denkbar sind etwa die Anordnung einer Testamentsvollstreckung, bestimmte Transparenzaufgaben für die Erben untereinander oder auch prozessuale Bestimmungen wie Mediations- oder Schiedsgutachtenklauseln.²² Haben sich die Beteiligten an dieser Stelle verständigt, sollte die Nachfolgeregelung um Bestimmungen zu diesem Punkt ergänzt werden.

5.4.3 Umgang mit Pflichtteilsberechtigten

Ein besonderes Augenmerk sollten die Gesprächsteilnehmer schließlich auch auf etwaige Pflichtteilsberechtigte lenken. Das deutsche Erbrecht sieht, anders als die überwiegende Systematik im europäischen Rechtskreis, weder ein Noterbrecht naher Angehöriger im Sinne einer Mindestquote am Nachlass vor noch – sofern

²⁰Lorz und Kirchdörfer (2011), Kap. 1 Rn. 3.

²¹Beisel (2016), § 32 Rn. 28.

²²Dazu ausführlich unten Kap. 6.

ein pflichtteilsähnlicher Anspruch dort überhaupt besteht – eine an den anglo-amerikanischen Rechtskreis angelehnten Schutz nur bedürftiger Angehöriger.²³ Das deutsche Recht belässt es vielmehr bei der fast ausnahmslosen Testierfreiheit der Erblasserin, die damit die Erbfolge frei und auch unter gänzlichem Ausschluss der nahen Angehörigen bestimmen kann. Als Ausgleich erhalten die nahen Angehörigen jedoch eine **nicht abdingbare, prozentuale Partizipation** am Nachlasswert in Form eines Geldanspruchs.²⁴ Das Pflichtteilsrecht findet damit einen Kompromiss zwischen der völligen Testierfreiheit und dem Familienerbrecht nach dem Grundsatz „das Gut rinnt wie das Blut“.²⁵ Gleichzeitig bringt der Gesetzgeber mit den Regelungen der §§ 2303 ff. BGB auch die grundgesetzlich verbürgte Testierfreiheit mit dem Verwandtenerbrecht im Sinne der praktischen Konkordanz zu einem Ausgleich.²⁶

Ansprüche im Zusammenhang mit dem Pflichtteilsrecht erweisen sich in der Praxis als besonders **streitanfällig**. Ausweislich der Zahlen aus dem Amtsgerichtsbezirk München liegt in neun von zehn Erbfällen keine letztwillige Verfügung vor. Dies bringt die gesetzliche Erbfolge zur Anwendung. Damit könnten Pflichtteilsansprüche überhaupt nur in zehn Prozent aller Erbfälle dem Grunde nach im Raum stehen. Dennoch sind bei einem Drittel aller vor dem Amtsgericht München geführten Erbrechtsverfahren Pflichtteilsansprüche streitig.²⁷ Pflichtteilsansprüche sind also **weit überproportional** Gegenstand gerichtlicher Verfahren. Dies verwundert nicht, da sich hier ein gesetzlicher Pflichtanspruch gegen die letztwillige Verfügung des Erblassers durchsetzen muss. Gleichzeitig sind vielfach elementare Grundbedürfnisse der Enterbten nach Zugehörigkeit und Teilhabe, aber auch nach wirtschaftlicher Grundversorgung betroffen.

Konflikte mit Pflichtteilsberechtigten betreffen typischerweise nicht das Pflichtteilsrecht als solches, denn dessen Kernvoraussetzungen – eine bestehende Ehe bzw. Lebenspartnerschaft bzw. ein Eltern- oder Kindschaftsverhältnis zwischen der Erblasserin und dem Anspruchsteller – sind im Grunde nur in besonderen Fällen mit Auslandsberührung einmal ernsthaft streitig. Sehr konflikthaft ist demgegenüber regelmäßig die Frage nach der genauen Zusammensetzung des Nachlasses und nach lebzeitigen Schenkungen der Erblasserin, die dem Nachlasswert für die Berechnung des Pflichtteilsanspruchs fiktiv wieder zugerechnet werden müssen. Gerade bei großen Vermögensmassen ist die nach § 2314 BGB von den Erben geschuldete Auskunft über den Nachlassbestand eine Herkulesaufgabe, die sich nur mit großer Mühe

²³ Klingelhöffer (2014), 1. Teil Rn. 2.

²⁴ Der Kreis pflichtteilsberechtigter Personen wird von der Regelung des § 2303 Abs. 1 und Abs. 2 BGB auf Abkömmlinge, Eltern sowie Ehegatten bzw. eingetragene Lebenspartner des Erblassers beschränkt. Maßgeblich ist dabei die rechtlich anerkannte Verwandtschaft, die durch Abstammung oder Annahme begründet werden kann. Geschwister und weitere Seitenverwandte sowie Großeltern steht hingegen kein Pflichtteilsrecht zu. Die Höhe des Pflichtteils beträgt dabei ausweislich § 2303 Abs. 1 Satz 2 BGB stets die Hälfte des gesetzlichen Erbteils. Der gesetzliche Erbteil wiederum wird nach den Vorschriften der §§ 1923, 1924 und § 1931 BGB bzw. § 10 LPartG ermittelt.

²⁵ Lange (2022), § 2303 Rn. 1.

²⁶ Zur Testierfreiheit nur Müller (2017), § 11 Rn. 176; zum Pflichtteilsrecht BVerfG v. 14. Dezember 1994, 1 BvR 720/90, juris.

²⁷ Klingelhöffer (2014), 1. Teil Rn. 6.

klagesicher bewältigen lässt. Man kann über Jahre und mehrere Instanzen und unter Mitwirkung kostspieliger Gutachter trefflich darüber streiten, ob die Erben das Vermögen tatsächlich vollständig angeben und seinen Wert korrekt beziffert haben.

Diese Konfliktaffinität von Sachverhalten, in denen die Erblasserin nahe Angehörige enterbt, lässt es aus einer ex-ante-Perspektive als sehr erstrebenswert erscheinen, dass sich die Erblasserin mit den enterbten Pflichtteilsberechtigten noch zu Lebzeiten auf einen Nachfolgeplan verständigt. Ohne Frage besteht die Möglichkeit, durch rechtliche Kunstgriffe Pflichtteilsansprüche zu reduzieren oder ganz zu vermeiden.²⁸ Den Preis dieser Winkelzüge sollte man freilich nicht unterschätzen. Regelmäßig wäre es den Erben lieber, wenn die Pflichtteilsberechtigten noch vor dem Erbfall gegen eine etwas höhere Abfindung einem Pflichtteilsverzicht zustimmen, als dass sie nach dem Tod der Erblasserin ein aufwändiges Nachlassverzeichnis erstellen und womöglich zusätzlich einen ressourcenintensiven Rechtsstreit austragen müssen. Eine gewisse Ausnahme gilt beim Berliner Testament mit Pflichtteilsstrafklausel: Auch hier gibt es bisweilen Nachfahren, die schon nach dem Tod des erstversterbenden Elternteil ihren Pflichtteil geltend machen, der Anreiz dazu ist aber eher gering, weil sie sich damit die Erbenstellung nach dem letztversterbenden Elternteil verlieren.

In der Erbsache Eduard stehen im Fall einer Enterbung durch letztwillige Verfügung sowohl Frida als auch den Abkömmlingen Stefan, Tamina und Bijan Pflichtteilsansprüche zu. Die Höhe des Geldanspruches gegen den oder die Erben beliefe sich dann auf die Summe, die bei Frida einem Viertel und bei jedem Abkömmling einem Zwölftel des Nachlasswertes entspräche.²⁹ Es spricht vieles dafür, dass die Beteiligten im Rahmen der Nachfolgeplanung darüber sprechen, inwieweit die Pflichtteilsberechtigten bereit sind, auf eine Partizipation am Nachlass zu verzichten. Wo dies nicht der Fall ist, mag Eduard eine lebzeitige Abfindung im Gegenzug für einen notariellen Pflichtteilsverzicht erwägen, um seinen Erben Querelen zu ersparen.

5.5 Abschluss und Iteration

Die klassische Mediation wie auch die interessenorientierte Nachfolgeplanung schließen damit ab, dass jeder Beteiligte für sich entscheiden darf und muss, ob die final ermittelte Lösungsmöglichkeit für sie **akzeptabel** ist.³⁰ Nur wenn sich alle

²⁸ Hierzu insbesondere Abele et al. (2018), passim.

²⁹ §§ 1931 Abs. 1 und Abs. 3 i. V. m. 1371 Abs. 1 BGB bzw. § 1924 Abs. 1 BGB jeweils i. V. m. § 2303 Abs. 1 S. 2 BGB.

³⁰ Fries et al. (2018), S. 55.

Beteiligten für eine Lösung entscheiden, kann diese sodann umgesetzt werden. Dabei ist die Bandbreite von Umsetzungsmechanismen grundsätzlich breit und bedarf im Zweifel einer Konkretisierung von anwaltlicher Hand. Spätestens jetzt muss jeder Beteiligten für sich ernsthaft erwägen, eine Anwältin hinzuzuziehen. Insbesondere dort, wo jemand eine rechtlich bindende Vereinbarung eingeht, ist dies in der Regel unverzichtbar.

Die einfachste Form einer gemeinsamen Absprache ist ein Übereinkommen aller Beteiligten, die auf Basis ihrer Interessen gefundene Lösung zu akzeptieren. Konkretere Umsetzungsschritte lassen sich **multilateral oder bilateral** abbilden. In Betracht kommen etwa Ehegattentestamente, Erbverträge, Maßnahmen der vorweggenommenen Erbfolge und gegebenenfalls Erb- oder Pflichtteilsverzichtsverträge. Naturgemäß kann die Erblasserin darüber hinaus weitreichende Umsetzungen auch alleine, beispielsweise in Testamentsform, vornehmen. Dabei kann sie durch Setzen von entsprechenden Anreizen auch das Befolgen der unilateralen Umsetzung fördern. Ganz allgemein gesprochen gilt jedoch auch an dieser Stelle, dass sich Medianden an einvernehmlich gefundene Lösungen in aller Regel auch freiwillig halten. Es bietet sich daher an, die Ergebnisse des Prozesses, selbst wenn diese nicht rechtlich verbindlich vereinbart werden, schriftlich festzuhalten.

Erbrechtliche Gestaltungen zeichnen sich dadurch aus, dass sie mit dem Tod der Erblasserin einen Umstand regeln, der womöglich noch in weiter Ferne liegt. Aus diesem Grund ist zu bedenken, ob Vereinbarungen getroffen werden, wann und wie es zur **periodischen iterativen Überprüfung** und Anpassung kommt.

Beispiel

Im Hinblick auf die Nachlassgestaltung von Eduard ließ sich auf diesem Weg ein Übereinkommen aller Beteiligten finden, das nach Auffassung aller Beteiligten eine hohe Chance hatte, eine konfliktfreie Nachlassabwicklung zu ermöglichen. Folgende Bausteine spielten dabei eine wichtige Rolle:

Eduard setzt Frida testamentarisch als Alleinerbin und Tamina als Ersatzerbin ein. Mit Vermächtnissen wird der Nachlass dann weiter aufgeteilt, so dass Frida als Erbin im Wesentlichen die immateriellen und wenige nicht sehr wertvolle Nachlassgegenstände verbleiben. Der Berater des Erblassers wird als Testamentsvollstrecker eingesetzt. Dies dient insbesondere dem Ziel, die Erfüllung der Vermächtnisse kurzfristig und konfliktfrei sicherzustellen.

Frida verzichtet auf ihren wirtschaftlichen Anteil am Nachlass, soweit davon nur Stefan und Tamina profitieren. Damit erhalten Bijan wertmäßig 1/6 sowie Stefan und Tamina jeweils 5/12 vom Nachlass als Vermächtnisse. Obwohl damit die Quote von Bijan deutlich unter der seiner Halbgeschwister liegt, ist er damit letztlich einverstanden, weil dies auf den

Verzicht von Frida zugunsten ihrer Kinder zurückzuführen ist und er Vermögen in Höhe seiner Erbquote erhält.

Als Ersatzvermächtnisnehmer werden, sofern und soweit vorhanden, die jeweiligen Abkömmlinge zu gleichen Teilen eingesetzt; sofern keine Abkömmlinge vorhanden sind, Stefan und Tamina wechselseitig und Mara im Hinblick auf Bijan.

Frida und Eduard verzichten zudem wechselseitig auf ihre Pflichtteilsansprüche, damit nicht „über Eduard“ Vermögen von Frida an Bijan fließen kann oder Frida im Erbfall die gefundene Einigung durch Ausschlagung des Erbes und Geltendmachung ihres Pflichtteils torpedieren kann.

Unter Aufrechterhaltung der oben gefundenen Quoten werden die folgenden Vermögensgegenstände kurzfristig an die Kinder zur Ausnutzung der Freibeträge im Hinblick auf die Erbschaftsteuer sowie die Sicherung der Liquidität übertragen: Bijan erhält eine Summe in Höhe von EUR 400.000 unter Beschränkung der Vermögenssorge von Mara und unter der Auflage, dass er die Summe bis zu seinem 25. Geburtstag oder dem erfolgreichen Abschluss seines Erststudiums nur für den Lebensunterhalt in Höhe von EUR 1000 pro Monat sowie für Ausbildungszwecke verwenden darf. Als Zuwendungspfleger wird dem Familiengericht der Berater des Erblassers vorgeschlagen. Stefan und Tamina erhalten jeweils eine der Eigentumswohnungen übertragen.

Als Vermächtnis erhält Bijan im Erbfall dann eine Eigentumswohnung sowie einen Geldbetrag in Höhe von EUR 100.000, auch um die Erbschaftsteuer begleichen zu können, falls der Erbfall eintreten sollte, bevor der Freibetrag erneut zur Verfügung steht. Stefan erhält als Vermächtnis die Beteiligungen, eine weitere Eigentumswohnung sowie einen Geldbetrag in Höhe von EUR 750.000.

Zu seinen Lebzeiten hält Eduard weiter an seiner Zusage gegenüber Mara fest. Im Erbfall erfolgt keine „direkte“ Zuwendung an Mara. Allerdings wird Bijan mit einem Untervermächtnis dergestalt beschwert, dass Mara den lebenslangen Nießbrauch für eine Eigentumswohnung erhält. Den existenziellen wirtschaftlichen Sorgen Maras ist durch die Sicherung mietfreien Wohnraumes Rechnung getragen.

Tamina erhält als Vermächtnis den Familiensitz. Für die Quotenberechnung wird dieser mit dem aktuellen Verkehrswert angesetzt, ein etwaiger Steuervorteil steht ihr alleine zu. Stefan wird im Wege eines Vermächtnisses für den ersten Verkaufsfall ein dingliches Vorkaufsrecht eingeräumt, um ihm in diesem Fall die Möglichkeit zu geben, den Familiensitz in der Familie zu erhalten. Frida und Eduard wollen den Familiensitz alsbald so umgestalten, dass eine Einliegerwohnung entsteht, die dann als Gästebereich zur Verfügung steht, und zum anderen ein separa-

tes Souterrainapartment später von einer Pflegekraft genutzt werden kann.

Eduard stimmt letztlich zu, dass ein engeres Zusammenwachsen der Geschwister nicht über erzwungene Verbindungen erreicht werden kann. Er freut sich über die Annäherung der Halbgeschwister und ringt Frida letztlich das Versprechen ab, dies nicht zu unterwandern. Die Beteiligungen erhält Stefan als Vermächtnis. Da Stefan sich schon heute diesbezüglich einbringt, soll er Wertzuwächse wie auch Verluste tragen. Im Hinblick auf die interne Verteilungsquote ist demnach der aktuelle Wert maßgeblich. Sofern Stefan, wie von ihm angeregt, eine aktivere Rolle bei der Verwaltung der Beteiligungen und Unterstützung der jungen Unternehmen übernimmt, möchte Eduard ihn dafür angemessen vergüten.

Hinsichtlich aller Immobilien und der Beteiligungen bleibt es für die internen Quotenüberlegungen bei dem heutigen Wertansatz. Sollten einzelne Vermächtnisgegenstände nicht mehr im Nachlass vorhanden sein, ist eine entsprechende Geldsumme vermacht.

Im Hinblick auf künftige Vermögensveränderungen will Eduard ein separates Depot und ein separates Konto anlegen, dem wesentliche neue Mittel gutgebracht werden bzw. das, sofern notwendig, auch debitorisch geführt werden kann. Depot und Konto werden im Wege von Vermächtnissen bzw. Auflagen (im Falle der debitorischen Führung) im Verhältnis der Wertquoten übertragen.

Alle Beteiligten versprechen Eduard „in die Hand“, dass sie sich an diese Ergebnisse halten, wenn es nicht zu grundlegenden Änderungen der Verhältnisse kommt. Über die rechtliche Unverbindlichkeit bei gleichzeitiger moralischer Verbindlichkeit sind sich alle Beteiligten dabei klar.

Ein solcher Weg hin zu einer von allen Beteiligten dem Grunde nach akzeptierten Nachfolgeplanung war sicherlich länger und anstrengender als das Thema zu tabuisieren oder alleine sein Testament zu verfassen. Der gewählte Weg der **interessenorientierten Nachfolgeplanung** führt jedoch dazu, dass die Interessen aller Beteiligten Berücksichtigung finden konnten. Wenn man Streitigkeiten nach dem Erbfall natürlich auch damit nicht ausschließen kann, sind diese doch sehr viel unwahrscheinlicher geworden und in ihrer Intensität dürften sie geringer ausfallen. Die **Kosten** für die Berater lagen im unteren fünfstelligen Bereich und damit bei einem Bruchteil der Kosten, welche die Streitigkeiten in einem unregelmäßigten Erbfall ausgelöst hätten.

In einem von einem der Verfasser begleiteten Fall, der demjenigen von Eduard in vielerlei Hinsicht glich, lief es grundlegend anders: Den Beteiligten gelang es nicht, sich auf eine Abstimmung ihrer Interessen und einen gemeinsamen Nachfolgeplan einzulassen. Wenig später starb die Erblasserin unvermittelt. Daraufhin kam es bald zu heftigsten Auseinandersetzungen unter den Erben und den weiteren Beteiligten. Erster Streitpunkt waren bereits Details zu Beerdigung und Totensorge; der Leichenschmaus gab die Gelegenheit zum Austausch von Freundlichkeiten in alle Richtungen. Die bereits entstandene Erbengemeinschaft war kaum handlungsfähig, selbst kleinste Entscheidungen waren nicht einvernehmlich zu treffen. Die beteiligten Anwälte spulten – angestachelt von ihren Mandanten – das gesamte Programm der juristischen Möglichkeiten ab. Hieraus resultierte ein ganzer Reigen von Gerichtsprozessen einschließlich strafrechtlicher Verfahren wegen angeblicher Unterschlagungen von Teilen des Nachlasses (Uhren, Bargeld und Gold) und Beleidigungen. Nach mehreren Jahren kam es auf Anraten einer Autoritätsperson zu einer Mediation, mit der sich die Konflikte beenden ließen. Eine wirkliche Aufarbeitung und Lösung der Konflikte war in diesem Stadium freilich kaum mehr möglich.

Den Wert eines **erhaltenen Familienfriedens** und eines engeren Zusammenrückens können nur die Beteiligten für sich ermitteln. Zudem wirken sich das Erlernen zusätzlicher Kompetenzen und der Erfolg der gemeinsamen Bewältigung der Herausforderung auf jeden Einzelnen, aber auch auf die Gesamtheit der Beteiligten positiv aus. Nach dem Abschluss einer interessenorientierten Nachfolgeplanung beschäftigen sich viele Erblasser weiterhin ungern mit ihrer eigenen Endlichkeit, erleben aber zugleich eine tiefe **persönliche Befriedigung**, ihre Nachfolge umfassend und einvernehmlich geregelt zu haben.

Literatur

- Abele A, Klinger BF, Maulbetsch T (2018) Pflichtteilsansprüche reduzieren und vermeiden, 2. Aufl. C. H. Beck, München
- Ade J, Alexander N (2017) Mediation und Recht. Wolfgang Metzner, Frankfurt am Main
- Beisel D (2016) Mediation im Erbrecht. In: Haft F, Schlieffen K (Hrsg) Handbuch Mediation, 3. Aufl. C. H. Beck, München
- Bühning-Uhle C, Eidenmüller H, Nelle A (2017) Verhandlungsmanagement, 2. Aufl. C. H. Beck/dtv, München
- Duve C, Eidenmüller H, Hacke A, Fries M (2019) Mediation in der Wirtschaft, 3. Aufl. Dr. Otto Schmidt, Köln
- Eidenmüller H (2015) Kapitel 4: Rechtsstellung des Mediators. In: Eidenmüller H, Wagner G (Hrsg) Mediationsrecht. Dr. Otto Schmidt, Köln

- Engel M (2013) Collaborative Law – Konkurrenz für die Mediation? ZKM 2013:170–173
- Fries M (2016) Nachlassende Testierfähigkeit – Zum rechtlichen Umgang mit einem schwindenden letzten Willen. AcP 216:421–458
- Fries M, Lenz-Brendel N, Roglmeier J (2018) Mediation in Erbstreitigkeiten. ZErB 2018:53–59
- Gammer C (2009) Die Stimme des Kindes in der Familientherapie. Carl Auer, Heidelberg
- Haas U (2022) Vorbemerkung vor § 64 aF: Zahlungsunfähigkeit, Überschuldung und Nachrangvereinbarungen. In: Noack U, Servatius W, Haas U (Hrsg) Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 23. Aufl. C. H. Beck, München
- Hartung M (2017) Legal Tech und Berufsrecht. NJW-Sonderheft Legal Tech:20
- Institut für Demoskopie Allensbach (2018) Erben und Vererben: Erfahrungen, Erwartungen und Pläne.
- Klingelhöffer H (2014) Pflichtteilsrecht, 4. Aufl. C. H. Beck, München
- Kössinger W (2020) § 1 Feststellung der gesetzlichen Erbfolge und des mutmaßlichen Nachlasses. In: Kössinger R, Kössinger W, Najdecki DW, Zintl J (Hrsg) Handbuch der Testamentsgestaltung, 6. Aufl. C. H. Beck, München
- Lange KW (2022) § 2303 Pflichtteilsberechtigte; Höhe des Pflichtteils. In: MünchKommBGB, 9. Aufl. C. H. Beck, München
- Lorz R, Kirchdörfer R (2011) Unternehmensnachfolge. C. H. Beck, München
- Müller G (2017) § 11 Strategien zur Minimierung des Pflichtteils. In: Schlitt G, Müller G (Hrsg) Handbuch Pflichtteilsrecht, 2. Aufl. C. H. Beck, München
- Pawlyta M (2018) § 42 Minderjährige im Erbrecht. In: Scherer S (Hrsg) Münchener Anwalts-handbuch Erbrecht, 5. Aufl. C. H. Beck, München
- Risse J (2018) § 69 Mediation von Erbstreitigkeiten. In: Scherer S (Hrsg) Münchener Anwalts-handbuch Erbrecht, 5. Aufl. C. H. Beck, München

Open Access Dieses Kapitel wird unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz (<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>) veröffentlicht, welche die Nutzung, Vervielfältigung, Bearbeitung, Verbreitung und Wiedergabe in jeglichem Medium und Format erlaubt, sofern Sie den/die ursprünglichen Autor(en) und die Quelle ordnungsgemäß nennen, einen Link zur Creative Commons Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen vorgenommen wurden.

Die in diesem Kapitel enthaltenen Bilder und sonstiges Drittmaterial unterliegen ebenfalls der genannten Creative Commons Lizenz, sofern sich aus der Abbildungslegende nichts anderes ergibt. Sofern das betreffende Material nicht unter der genannten Creative Commons Lizenz steht und die betreffende Handlung nicht nach gesetzlichen Vorschriften erlaubt ist, ist für die oben aufgeführten Weiterverwendungen des Materials die Einwilligung des jeweiligen Rechteinhabers einzuholen.





Im Rahmen einer interessenorientierten Nachlassplanung werden Erblasserin und Beraterin – ggf. unter Einbeziehung ihrer Angehörigen – gemeinsam versuchen, sämtliche für sie erkennbaren Konfliktpunkte einer befriedigenden Lösung zuzuführen. Allerdings lassen sich auch durch ein besonnenes *ex-ante*-Konfliktmanagement Streitigkeiten unter den Nachfahren nicht sicher ausschließen. Denn manchmal ergeben sich im Laufe der Zeit unvorhersehbare Veränderungen der Faktenlage, und teilweise lässt sich auch das Verhalten der weiteren Beteiligten vorab nicht genau einschätzen. Zu einer vorausschauenden und konfliktvermeidenden Rechtsberatung gehört es daher, schon im Zuge der Nachfolgeplanung über einen klugen Umgang mit denjenigen Konflikten nachzudenken, die womöglich nach dem Erbfall auftreten könnten.

Der wichtigste Mechanismus zur Regelung des Umgangs mit nach dem Erbfall auftretenden Konflikten sind Streitbeilegungsklauseln innerhalb von letztwilligen Verfügungen.¹ Auf diesem Wege kann die Erblasserin ihren Nachfahren einen Weg vorzeichnen, auf dem sie ihre Konflikte nach ihrem Tod bereinigen sollen. Für erbrechtliche Berater ist zunächst einmal das Bewusstsein wichtig, dass es diese kautelarjuristische Möglichkeit eines *ex-ante*-Konfliktmanagements gibt. Ratsam erscheint auch Grundwissen darüber, welche Klauseltypen für die Nachfolgeplanung in Frage kommen und inwieweit Erb-, Vermächtnis- oder Pflichtteilsprätendenten von diesen Klauseln rechtlich gebunden sind.

¹Natürlich können die Parteien eines Erbstreits auch ad hoc die Durchführung einer Mediation vereinbaren, darauf hat die Erblasserin dann allerdings keinen Einfluss mehr, und dieser Weg hat sich auch in der Praxis als schwieriger erwiesen, weil es häufig an einem befürwortenden Statement einer Autoritätsperson fehlt.

6.1 Spektrum der Klauseltypen

Die bisher am häufigsten verwendete Streitbeilegungsklausel ist die **Schiedsklausel**. Üblicherweise nehmen die Parteien eines bilateralen Vertrages solche Klauseln in ihre Vereinbarung auf, um den Rechtsweg für womöglich später auftretende Konflikte von den staatlichen Gerichten hin zu Schiedsgerichten zu verlagern. Kommt es dann später zu einer Streitigkeit, kann die den Anspruch stellende Partei gegen den Willen ihrer Kontrahentin nicht mehr die staatliche Justiz bemühen, sondern nur noch eine Schiedsklage anstrengen. Die Entscheidung darüber, welches Verfahren für die Lösung des Konflikts geeignet erscheint, wird damit vorgezogen auf den noch nicht konflikthafter Zeitpunkt der Vertragsverhandlung.

Parallel zu den in der Praxis seit langem etablierten Schiedsklauseln lassen sich auch andere Konfliktlösungsverfahren zum Gegenstand von Streitbeilegungsklauseln machen. Namentlich die Mediation kann so zum Mittel der Wahl für Erbrechtsstreitigkeiten werden. Im Unterschied zu einer Schiedsklausel will eine **Mediationsklausel** den Gang zur staatlichen Justiz nicht dauerhaft unterbinden, sondern verlangt den Betroffenen nur ab, einen Mediationsversuch zu starten, bevor sie ein Gericht anrufen. In einer schwächeren Form kann eine Mediationsklausel auch nur den bloßen Wunsch oder die Anregung aussprechen, im Konfliktfall ein Mediationsverfahren durchzuführen.²

Streitbeilegungsklauseln können auch Hybridformen annehmen und mehrere Konfliktlösungsverfahren zu einem gestuften Mechanismus verbinden. Man spricht in diesem Fall von **Eskalationsklauseln**.³

Eine Eskalationsklausel kann zum Beispiel zunächst eine Phase bilateraler Verhandlungen bis vier Monate nach dem Erbfall vorsehen. Daran kann sich ein Zeitraum ähnlicher Länge anschließen, der für Mediationsverfahren reserviert ist. Erst nach Ablauf dieser zweiten Phase wäre dann eine Klage – oder ein Schiedsantrag – möglich.

Neben die Verpflichtung, im Konfliktfall ein bestimmtes Konfliktlösungsverfahren anzuwenden, enthalten Streitbeilegungsklauseln regelmäßig auch verschiedene Regelungen zum konkreten Ablauf des Verfahrens. Die frühe Festlegung solcher Rahmenregeln entlastet das spätere Verfahren vor allem von Verhandlungen über Formalia.⁴ Regelmäßig erfolgt hier ein Verweis auf das Regelwerk einer großen Mediations- oder Schiedsinstitution, so dass die Klausel selbst vom Umfang her überschaubar bleibt.

²Risse (2018), § 69 Rn. 27.

³Siehe etwa Schmitz-Vornmoor (2018b), Teil I Einleitung Rn. 181 f.; Arntz (2014), S. 237 ff.

⁴Töben (2013), S. 323.

Streitbeilegungsklauseln können entweder von der Erblasserin einseitig in ihre Verfügung aufgenommen bzw. von den Parteien eines Erbvertrags in das Vertragswerk aufgenommen werden oder aber auch unter Einbeziehung der Erben, Vermächtnisnehmer und Pflichtteilsberechtigten vereinbart werden.⁵ In Anlehnung an die schiedsgerichtliche Terminologie der §§ 1029 bzw. 1066 ZPO kann man bei vertraglichen Absprachen mit Wirkung *inter partes* von **Mediationsvereinbarungen** und bei einseitigen Vorgaben von **Mediationsverfügungen** sprechen.

Vieles spricht dafür, dass bereits die unilaterale Vorgabe durch die Erblasserin Wirkung entfaltet. Denn die Beteiligten können daran zweierlei erkennen: Die Erblasserin bringt zum einen zum Ausdruck, dass es auch „in den besten Familien“ zu **erbrechtlichen Konflikten** kommen kann; zum anderen lässt sie ihre Nachfahren wissen, dass sie einem **konstruktiven Umgang** mit solchen Konflikten den Weg bereitet hat. Die postmortal wirkende Autorität der Erblasserin nimmt hier erfahrungsgemäß häufig positiven Einfluss auf die Akzeptanz von Streitbeilegungsversuchen.

6.2 Bindungswirkung von Mediationsklauseln

Wer Erblasser mit Blick auf die Planung ihrer letzten Dinge berät, wird freilich auch rechtlich klar wissen wollen, inwieweit man Erben, Vermächtnisnehmer und Pflichtteilsberechtigte durch die letztwillige Anordnung einer Mediation tatsächlich wirksam binden kann. Weder das deutsche Mediationsgesetz noch das fünfte Buch des BGB enthalten Regelungen zu Fragen der Wirksamkeit oder zu Rechtsfolgen einer Mediationsklausel. Mithin bleibt es, auch weiterhin, Rechtsprechung und Literatur vorbehalten, den rechtlichen Rahmen der Mediationsklauseln zu bestimmen.

Ausgangspunkt bei der Betrachtung von Wirksamkeit und Rechtsfolgen der Mediationsklauseln sind die materiell-rechtliche Testierfreiheit und die prozessuale Dispositionsmaxime. Im Grundsatz steht es den Beteiligten frei, einen Konfliktlösungsmechanismus selbst zu wählen und zu definieren, also die Durchführung einer Mediation vor Anrufung der staatlichen Gerichte zu vereinbaren. Die Komplexität der Fragestellung erhöht sich allerdings dann, wenn nicht zwei Parteien per Vereinbarung *inter partes* den für sie geeigneten Weg der Konfliktlösung wählen, sondern ein Dritter – etwa der Erblasser – für und gegen am Verfügungsprozess unbeteiligte Dritte diese Entscheidung im Wege einer Verfügung verbindlich treffen will. Die einseitige Verfügung bedarf schon deshalb besonderer Aufmerksamkeit, weil sie nach dem Erbfall unumkehrbar ist.

Viele der in diesem Bereich angesiedelten Rechtsfragen haben Rechtsprechung und Literatur in Bezug auf die bereits wesentlich weiter verbreiteten *Schiedsklauseln* entschieden. Daher lohnt zunächst ein Blick auf die Frage, unter welchen

⁵Allgemein nach Töben (2013), S. 323.

Umständen erbrechtliche Schiedsklauseln die Erben, Vermächtnisnehmer und Pflichtteilsberechtigten tatsächlich wirksam an den Ausschluss der staatlichen Gerichtsbarkeit binden können.

6.2.1 *Hintergrund: Wirksamkeit letztwilliger Schiedsklauseln*

Die Parteien einer Auseinandersetzung können sich, unter streitgegenstandsbezogener Aufgabe des grundgesetzlich gesicherten **Justizgewährungsanspruches**, einem Schiedsgericht und dessen Schiedsspruch unterwerfen. Ein Schiedsspruch hat die Wirkung eines gerichtlichen Urteils (§ 1055 ZPO) und ist nach einer Vollstreckbarerklärung auch vollstreckbar, wie § 1060 Abs. 1 ZPO explizit vorsieht. Soweit ein Streitgegenstand einer Schiedsklausel unterfällt, enthält diese einen **peremptorischen Klageverzicht**.⁶ Wird die Einrede erhoben, ist die Klage gemäß § 1032 Abs. 1 ZPO durch Prozessurteil als unzulässig zurückzuweisen.⁷ Eine Schiedsklausel kann den Gang vor die staatlichen Gerichte allerdings auch nur dann verhindern, wenn alle Wirksamkeitsvoraussetzungen eingehalten sind.⁸

6.2.1.1 Formelle Voraussetzungen

Im **unternehmerischen Geschäftsverkehr** bedarf es für die Wirksamkeit einer Schiedsklausel in formaler Hinsicht gemäß § 1031 Abs. 1 ZPO eines schriftlichen Nachweises.⁹ Ausreichend ist jede Form der Nachrichtenübermittlung, die dem **Nachweis der Vereinbarung** zugänglich ist. Dies ist sowohl bei Briefwechseln, Telefaxen und Telegrammen als auch E-Mails der Fall.¹⁰

Bei Beteiligung von **Verbrauchern** muss hingegen einer erhöhten Warnfunktion Rechnung getragen werden. So ordnet § 1031 Abs. 5 ZPO an, dass die Schiedsvereinbarung zudem ausdrücklich, schriftlich und eigenständig zu treffen ist. Im Hinblick auf das Erfordernis der Schriftlichkeit ist dabei auf § 126 und § 126a BGB zurückzugreifen.¹¹

Auf **letztwillige Schiedsverfügungen** findet die Formvorschrift des § 1031 Abs. 1 ZPO hingegen schon kraft Natur der Sache keine direkte Anwendung.¹² Die Regelung ist ersichtlich auf das Zusammenwirken von mindestens zwei Personen

⁶Unberath (2011), S. 1320.

⁷Wolf und Eslami (2022c), § 1032 Rn. 23; Unberath (2011), S. 1320.

⁸Wolf und Eslami (2022c), § 1032 Rn. 25; Musielak und Voit (2022), § 1032 Rn. 15.

⁹Münch (2022b), § 1066 Rn. 3.

¹⁰Musielak und Voit (2022), § 1031 Rn. 4; Wolf und Eslami (2022b), § 1031 Rn. 12.

¹¹Wolf und Eslami (2022b), § 1031 Rn. 21.

¹²Münch (2022b), § 1066 Rn. 23; Wolf und Eslami (2022d), § 1066 Rn. 10.

zugeschnitten. Anforderungen an einseitige Anordnungen lassen sich aus der Norm nicht ableiten. Hieraus folgt allerdings nicht, dass man letztwillige Schiedsverfügungen formfrei treffen könnte. Vielmehr lässt sich § 1066 ZPO entnehmen, dass die Anordnung von Schiedsgerichten durch letztwillige Schiedsverfügungen **erbrechtlichen Anforderungen** genügen muss. Die Formerfordernisse richten sich folglich nach denen letztwilliger Verfügungen im Allgemeinen gemäß den §§ 2231 ff. BGB.¹³

6.2.1.2 Streitgegenstandsbezogene Voraussetzungen

Wesentlich komplexer als die formellen Anforderungen stellt sich die Frage dar, ob im Einzelfall auch die streitgegenständlichen Voraussetzungen für wirksame Schiedsklauseln eingehalten sind. Dabei ist zu unterscheiden zwischen (bilateralen) Schiedsvereinbarungen einerseits und (unilateralen) Schiedsverfügungen andererseits.

6.2.1.2.1 Schiedsvereinbarungen

Allgemein betrachtet muss der Schiedsgegenstand in objektiver Hinsicht **schiedsfähig** im Sinne des § 1030 ZPO sein. Dies sind zunächst alle **vermögensrechtlichen Ansprüche**, mithin Ansprüche, die auf einem vermögensrechtlichen Rechtsverhältnis basieren.¹⁴ Die noch in § 1025 ZPO a.F. maßgebliche Vergleichsfähigkeit spielt nunmehr keine Rolle mehr.

Auch **erbrechtliche Ansprüche** und insbesondere Pflichtteilsansprüche sind demzufolge grundsätzlich objektiv schiedsfähig im Sinne des § 1030 Abs. 1 Satz 1 ZPO. Vermögensrechtlich qualifiziert sind nämlich solche Ansprüche, „die auf einem vermögensrechtlichen Rechtsverhältnis beruhen, und außerdem alle auf Geld (oder geldwerte Sachen und Rechte) gerichteten Ansprüche“.¹⁵ Hierunter fallen mithin auch Pflichtteilsansprüche, mit denen eine gesetzliche Mindestteilhabe der Angehörigen am Nachlass des Erblassers – in Form eines Geldanspruches, nicht in Form eines Noterbrechts¹⁶ – gewährt wird.¹⁷

¹³ BGH Beschl. v. 16. März 2017, I ZB 49/16, <https://openjur.de/u/2117187.html>; Münch (2022b), § 1066 Rn. 5; Kössinger und Zintl (2020), § 15 Rn. 331.

¹⁴ Wolf und Eslami (2022a), § 1030 Rn. 4; Saenger (2021), § 1030 Rn. 2.

¹⁵ OLG München Beschl. v. 7. Juli 2014, 34 SchH 18/13, <https://openjur.de/u/701123.html>.

¹⁶ Lange (2022), § 2303 Rn. 1.

¹⁷ BGH Beschl. v. 16. März 2017, I ZB 49/16, <https://openjur.de/u/2117187.html>; Lange (2022), § 2303 Rn. 1; Haas (2007), S. 53.

Sofern demnach Erben unter sich oder Erben mit Pflichtteilsberechtigten **kraft Vereinbarung** ihre Streitigkeiten ganz oder partiell der Schiedsgerichtsbarkeit unterwerfen, stehen dem keine Bedenken entgegen.¹⁸ Nur für die **nichtvermögensrechtlichen Ansprüche** kommt es (weiterhin) auf die Vergleichsfähigkeit an, wie aus § 1030 Abs. 1 Satz 2 ZPO hervorgeht. Abzustellen ist dabei auf eine prozessuale Sichtweise, also die „objektive Verfügbarkeit des Rechtsverhältnisses“.¹⁹

Erght ein Schiedsspruch hingegen ohne Vorliegen der materiellen Schiedsfähigkeit, so ist dieser von den staatlichen Gerichten gemäß § 1059 Abs. 2 Nr. 2 lit. a ZPO **aufzuheben**.²⁰ Stellt ein Gericht mithin fest, dass der Gegenstand des Streits nicht schiedsfähig ist, hat es den Schiedsspruch zwingend aufzuheben. Da der Aufhebungsgrund der Schiedsunfähigkeit öffentliche Belange berührt, ist er von Amts wegen zu berücksichtigen, also auch etwa im Rahmen von Entscheidungen über die Vollstreckbarerklärung.²¹

6.2.1.2.2 Schiedsverfügungen

Bemerkenswert an einer Schiedsverfügung ist zunächst der Bezug einer letztwilligen Verfügung auf eine *verfahrensrechtliche* Materie. Es erscheint schon nicht selbstverständlich, eine solche Anordnung der Erblasserin auf ihre Testierfreiheit zurückzuführen, denn das Grundgesetz sichert die Testierfreiheit gleich neben der Eigentumsgarantie; das legt den Schluss nahe, dass beide Institute rein materiellrechtlicher Natur sind. Selbst wenn man den Einfluss der Testierfreiheit vor diesem Hintergrund verblassen lässt, so stellt das geltende Erbrecht doch mit der Auflage nach §§ 2192 ff. BGB und der Bedingung nach §§ 2074 ff. BGB Instrumente zur Verfügung, die es im Grundsatz ermöglichen, die Begünstigten zur Nutzung eines bestimmten Konfliktlösungsverfahrens einseitig zu zwingen.

Der Weg in die Schiedsgerichtsbarkeit ist nur dann ausgeschlossen, wenn der Staat sich im Interesse besonders schutzwürdiger Rechtsgüter ein **Entscheidungsmonopol** vorbehalten hat, wie etwa das Zusammenspiel von § 1030 Abs. 1 und Abs. 3 ZPO zeigt.²² Ein Beispiel für ein solches staatliches Entscheidungsmonopol findet sich für einseitig angeordnete Schiedsgerichte in der Regelung des § 1066 ZPO. Demnach können Schiedsgerichte mittels Schiedsverfügung nur in „gesetzlich statthafter Weise“ angeordnet werden. Nach der Rechtsprechung des BGH und der Auffassung der herrschenden Meinung setzt diese Regelung Schiedsverfügungen

¹⁸ BGH Beschl. v. 16. März 2017, I ZB 49/16, <https://openjur.de/u/2117187.html>; Grötsch (2019), Kap. B.XIV, Rn. 35.

¹⁹ Saenger (2021), § 1030 Rn. 5; Geimer (2022a), § 1030 Rn. 1.

²⁰ OLG München Beschl. v. 25. April 2016, 34 Sch 13/15, <https://openjur.de/u/2124319.html>.

²¹ BGH Beschl. v. 16. März 2017, I ZB 49/16, <https://openjur.de/u/2117187.html>.

²² BT-Drs. 13/5274, S. 34.

gen materiell-rechtliche Grenzen.²³ In erbrechtlicher Hinsicht begrenzt daher das **materielle Erbrecht** die Schiedsfähigkeit.²⁴

Zwar ist die Möglichkeit des Erblassers, in eine letztwillige Verfügung eine Schiedsverfügung aufzunehmen, zunächst Ausfluss seiner **grundgesetzlich** durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG geschützten Testierfreiheit.²⁵ Diese allerdings erfährt im materiellen Erbrecht gewisse Grenzen, besteht also nur im Rahmen der dort vorgesehenen **Anordnungskompetenz**.²⁶ Eine maßgebliche Grenze zieht hierbei das **Pflichtteilsrecht**. Dieses stellte bereits im römischen Recht als Noterbrecht das Korrektiv für die Testierfreiheit des Erblassers dar, um Versorgung und Unterhalt der Familie sicherzustellen.²⁷ Trotz aller Kritik an dem Institut des Pflichtteilsrechts und dessen fragwürdiger Verfassungsgemäßheit hat eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 2015 die Diskussionen in Rechtsprechung und Rechtswissenschaft beendet. Nach der Entscheidung unterliegt das Pflichtteilsrecht als Individualgrundrecht und als Rechtsinstitut dem **verfassungsrechtlichen Schutz** der Art. 14 GG und 6 GG.²⁸

Nach dem Vorgesagten ist schiedsfähig, was in der Verfügungsmacht des Erblassers liegt.²⁹ Mit anderen Worten: Regelungsgegenstände, die der **Testierfreiheit** nicht unterliegen, könnten auch nicht durch Schiedsverfügung der rechtsverbindlichen Entscheidung eines Schiedsgerichts unterworfen werden. Gleiches gilt für den originären Zuständigkeitsbereich der Nachlassgerichte in echten Angelegenheiten der **freiwilligen Gerichtsbarkeit**. In diesen Fällen scheidet die Schiedsfähigkeit schon daran, dass das Schiedsgericht nicht an Stelle der ordentlichen Gerichte entscheiden würde.³⁰

Die Gegenansicht, wonach sich die Schiedsfähigkeit einzig nach § 1030 ZPO richten soll,³¹ würde im Ergebnis dazu führen, dass die Regelung des § 1066 ZPO eine Verfügungsmacht des Erblassers begründen, also materiell-rechtlich die Testierfreiheit erweitern, würde. Dies ist jedoch in der Vorschrift des § 1066 ZPO, schon mangels der Benennung irgendwelcher Kriterien, nicht angelegt;³² schon deshalb vermag diese Ansicht nicht zu überzeugen.³³

²³ OLG München Beschl. v. 25. April 2016, 34 Sch 13/15, <https://openjur.de/u/2124319.html>; umfassend dazu samt Meinungsstand und a.A. Lange (2015), S. 407; Bandel (2017), S. 74.

²⁴ Bandel (2017), S. 74; Haas (2007), S. 51; Leipold (2022a), § 1937 Rn. 34.

²⁵ Müller (2017), § 11 Rn. 176.

²⁶ BGH Beschl. v. 16. März 2017, I ZB 49/16, <https://openjur.de/u/2117187.html>.

²⁷ Schlitt (2017), § 1 Rn. 2.

²⁸ BVerfG v. 14. Dezember 1994, 1 BvR 720/90, juris.

²⁹ BGH Beschl. v. 16. März 2017, I ZB 49/16, <https://openjur.de/u/2117187.html>; OLG Karlsruhe Beschl. v. 28. Juli 2009, 11 Wx 94/07, juris; Müller-Christmann (2022), § 1937 Rn. 9; Kössinger und Zintl (2020), § 15 Rn. 330; Bandel (2017), S. 74.

³⁰ Kössinger und Zintl (2020), § 15 Rn. 330.

³¹ Geimer (2022b), § 1066 Rn. 18; Haas (2007), S. 52 f.

³² Keim (2017), S. 2653.

³³ BGH Beschl. v. 16. März 2017, I ZB 49/16, <https://openjur.de/u/2117187.html>; OLG Karlsruhe Beschl. v. 28. Juli 2009, 11 Wx 94/07, juris; Leipold (2022a), § 1937 Rn. 29; Müller-Christmann (2022), § 1937 Rn. 9; Wendt (2014), S. 402.

Für eine Bindung des Pflichtteilsberechtigten durch **Schiedsverfügungen** bedeutet das: Der Erblasser ist durch die gesetzlich festgeschriebene Unentziehbarkeit des Pflichtteils in seiner Testierfreiheit beschränkt. Dies schlägt auf die objektive Schiedsfähigkeit der Materie im Hinblick auf Schiedsverfügungen durch. Selbst eine Beschränkung des Pflichtteilsberechtigten hinsichtlich der Verfolgung und Durchsetzung des Pflichtteilsanspruches ist mittels Schiedsverfügung nicht möglich.³⁴

Eine typische Situation mit dieser Problematik, wie sie in ähnlicher Weise einer Entscheidung des BGH aus dem Jahr 2017³⁵ zugrunde lag: Eine Erblasserin verfügt in ihrem Testament, dass alle Streitigkeiten über dieses Testament, aus diesem Testament und darüber hinaus über ihre Erbfolge, über eventuelle Pflichtteilsrechte und -ansprüche ausschließlich ein Schiedsgericht entscheiden soll. Nach ihrem Tod macht die pflichtteilsberechtigte Ehefrau der Verstorbenen unter Umgehung der Schiedsverfügung ihren Anspruch gegen die als Erbin eingesetzte Tochter der Erblasserin vor den Zivilgerichten geltend. Ihre Klage ist zulässig, weil die Schiedsverfügung der Erblasserin deren Ehefrau nicht bindet.

6.2.2 Wirksamkeit von Mediationsklauseln

Mediationsklauseln sind mit Schiedsklauseln in vielerlei Hinsicht vergleichbar. Zugleich sind sie vom Regelungsziel her deutlich schwächer ausgestaltet, denn sie wollen die Streitparteien nicht peremptorisch von der Anrufung der staatlichen Justiz abhalten, sondern sie nur dilatorisch auf einen Mediationsversuch verweisen. Soweit Schiedsklauseln rechtlich zulässig sind, liegt daher auf der Hand, dass in diesem Bereich über ein *argumentum a maiore ad minus* auch Mediationsklauseln zulässig sein müssen.

6.2.2.1 Formelle Voraussetzungen

Das Formerfordernis des § 1031 ZPO ist nach Wortlaut und Systematik eindeutig auf Schiedsklauseln beschränkt und auf Mediationsklauseln nicht anwendbar. Auch wenn von manchen Stimmen in der Literatur eine analoge Anwendung des § 1031

³⁴ OLG München Beschl. v. 25. April 2016, 34 Sch 13/15, <https://openjur.de/u/2124319.html>; BGH Beschl. v. 16. März 2017, I ZB 49/16, <https://openjur.de/u/2117187.html>; Weidlich (2022), § 1937 Rn. 5; Müller-Engels (2022), § 2317 Rn. 12a; Müller-Christmann (2022), § 1937 Rn. 9; Kössinger und Zintl (2020), § 15 Rn. 330; Wendt (2014), S. 402.

³⁵ BGH Beschl. v. 16. März 2017, I ZB 49/16, <https://openjur.de/u/2117187.html>; Vorinstanz OLG München Beschl. v. 7. Juli 2014, 34 SchH 18/13, <https://openjur.de/u/701123.html>.

ZPO auf Schlichtungsklauseln gefordert wird, ist dies im Ergebnis für Schlichtungs- wie für Mediationsklauseln abzulehnen. Weder kann § 1031 ZPO ein allgemeiner Rechtsgedanke entnommen werden, der eine solche Analogie rechtfertigen würde, noch liegt überhaupt eine planwidrige Regelungslücke vor. Dem Gesetzgeber wäre es bei Erlass des Mediationsgesetzes ein Leichtes gewesen, eine Parallelnorm zu § 1031 ZPO aufzunehmen. Dies ist jedoch nicht erfolgt. Der Zweck der Vorschrift, keine peremptorische Bindung ohne deutliche Warnung entstehen zu lassen, spielt auch bei Mediationsklauseln keine Rolle. Es verbleibt somit bei der **grundsätzlichen Formfreiheit**.³⁶

Die Formfreiheit gilt auch dann, wenn das Rechtsgeschäft, auf das sie sich bezieht, etwa ein Erbvertrag gemäß § 2276 BGB, einem Formzwang unterliegt.³⁷ Ein **abgeleiteter Formzwang** besteht daher für Mediationsklauseln nicht, weil diese mit dem Vertrag, auf den sie sich bezieht, kein einheitliches Rechtsgeschäft bildet.³⁸ Auch im Falle der Einbindung von Verbrauchern ergibt sich kein abweichendes Ergebnis; § 1031 Abs. 5 ZPO findet keine analoge Anwendung.³⁹

6.2.2.2 Streitgegenstandsbezogene Voraussetzungen

Schwieriger zu beantworten ist die Frage, inwieweit die Charakteristika des konkreten Falls im Einzelfall dazu führen, dass die Festlegung auf das Mediationsverfahren nicht zulässig ist. Auch hier ist wieder zwischen Mediationsvereinbarungen zwischen mehreren Beteiligten und der einseitigen Vorgabe der Erblasserin durch eine Mediationsverfügung zu unterscheiden.

6.2.2.2.1 Mediationsvereinbarungen

Ein grundsätzliches Erfordernis der Mediationsfähigkeit eines Konflikts analog zur Schiedsfähigkeit nach § 1030 ZPO gibt es nicht.⁴⁰ Erben untereinander, aber auch Vermächtnisnehmer und Pflichtteilsberechtigte können ihre Auseinandersetzungen daher einer Mediationsvereinbarung unterstellen. Auch die Dispositionsmaxime streitet für dieses Ergebnis; dies jedenfalls uneingeschränkt, solange alle Beteiligten Parteien der Mediationsvereinbarung sind. Selbst diejenigen Streitgegenstände in Betreuungssachen, Ehesachen, Kindschaftssachen und bestimmten Wohnraummietstreitigkeiten, über die sich die Parteien nur eingeschränkt vergleichen dürfen,

³⁶LG Bielefeld Beschl. v. 18. Januar 2005, 3 OH 30/04; Friedrich (2007), S. 31; Unberath (2011), S. 1322.

³⁷Greger (2016), § 1 MediationsG Rn. 177; Friedrich (2007), S. 31; Unberath (2011), S. 1322; Töben (2013), S. 324.

³⁸Friedrich (2007), S. 31 ff.; Töben (2013), S. 324.

³⁹Greger (2016), § 1 MediationsG Rn. 177; Töben (2013), S. 324; Tochtermann (2008), S. 58.

⁴⁰Deutlich zurückhaltender Unberath (2011), S. 1322.

sind einer Mediation und damit auch einer Mediationsklausel zugänglich. Denn die Mediation ist ein ergebnisoffenes Verfahren, das nicht notwendig in einem Vergleich endet.

Beispiel

Dies soll an einem familienrechtlichen Beispiel verdeutlicht werden: Das Statusverfahren der Scheidung einer Ehe ist als wegen des staatlich geregelten Personenstandsrechts unverfügbar, und die prozessuale Dispositionsbefugnis ist infolgedessen begrenzt. Da für den Ausspruch der Scheidung einer Ehe mithin ein staatsgerichtliches Monopol besteht,⁴¹ kann dieser nicht durch einen Schiedsspruch erfolgen.⁴² Das staatsgerichtliche Monopol verhindert jedoch nicht nur die Anerkennung eines dahingehenden Schiedsspruches, sondern auch jede Parteivereinbarung eines solchen Inhaltes. Eine Scheidung durch Mediationsvergleich muss daher ebenfalls ausgeschlossen sein.

Aus dem Umstand, dass ein bestimmter Streitgegenstand einem Vergleich und damit auch einem Mediationsvergleich entzogen ist, folgt jedoch nicht, dass eine Mediation in diesem Zusammenhang unzulässig wäre. Gerade am Beispiel der Ehescheidung wird deutlich, dass die Parteien von der Durchführung einer Mediation in vielfacher Hinsicht profitieren können, auch wenn diese gerade nicht mit dem Ausspruch der Ehescheidung durch den Mediator oder die Medianen enden kann, weil dieser isolierte Streitgegenstand der Dispositionsbefugnis der Medianen entzogen ist.

6.2.2.2.2 Mediationsverfügungen

Entscheidet sich ein Erblasser für eine Mediationsverfügung, verzichtet er auf die selbstbindende Mitwirkung des Betroffenen und setzt auf seine einseitige Gestaltungsmacht. Wie bei einer Schiedsverfügung⁴³ mag man auch bei Mediationsverfügungen daran zweifeln, dass sich diese mit der Testierfreiheit des Erblassers begründen lassen. Auch hier bieten Auflagen und Bedingungen⁴⁴ nach den §§ 2074 ff.,

⁴¹ Münch (2022a), § 1030 Rn. 17.

⁴² § 1030 Abs. 1 Satz 2 ZPO.

⁴³ Siehe oben in Abschn. 6.2.1.2.2.

⁴⁴ Die Zulässigkeit auflösender Bedingungen in letztwilligen Verfügungen ergibt sich bereits aus der Regelung des § 2075 BGB, der dies zwar als bloße Auslegungsregel nicht selbst postuliert, aber als selbstverständlich vorhanden voraussetzt, vgl. Leibold (2022b), § 2075 Rn. 1. Tritt die Bedingung, also ein Verstoß gegen die Mediationsklausel ein, entfällt die Zuwendung an den Bedachten vollständig. Da es sich hierbei um eine äußerst gravierende Folge handelt, ist die Aufnahme einer auflösenden Bedingung äußerst sorgsam zu überdenken und wir nur in Ausnahmefällen gewollt sein, vgl. Töben (2013), S. 333.

2192 ff. BGB wiederum das Instrumentarium dafür, diese Vorgabe in einer letztwilligen Verfügung umzusetzen. Der Weg in die Mediation ist dann nicht nur höfliche Bitte an die Begünstigten, sondern ein handfester Zwang, bei dessen Nichtbefolgung der Verlust der Vergünstigung droht.⁴⁵

Komplexer wird die Fragestellung, wenn durch eine einseitig angeordnete Mediationsverfügung ein **dilatorischer Klageverzicht** hinsichtlich eines Anspruches erreicht werden soll, der selbst nicht, wie etwa der Pflichtteilsanspruch, der Testierfreiheit unterliegt. Denn selbst wenn in einer solchen Verfügung keine *materielle* Verkürzung des Pflichtteilsanspruchs läge, so wäre der Pflichtteilsberechtigte doch in der Durchsetzung seines ihm unverkürzt zustehenden Anspruchs nennenswert behindert. Nach der Rechtsprechung des BGH dürfen Pflichtteilsberechtigte hinsichtlich der **Verfolgung und Durchsetzung** ihrer Ansprüche aber nicht beschränkt werden.⁴⁶ Deswegen können solche letztwilligen Verfügungen den Pflichtteilsberechtigten nicht binden. Auch das bloße Verlangen des Erblassers, einen Mediator mitzubestellen und an einer Mediationssitzung teilzunehmen, stellt eine solche **Beschränkung** dar, die nach überzeugender Ansicht des OLG München unwirksam sein muss.⁴⁷ Hingegen bleibt die Mediationsverfügung im Übrigen – also im Hinblick auf Erben und Vermächtnisnehmer – wirksam, da insbesondere eine **Gesamt-nichtigkeit** der Mediationsverfügung im Sinne des § 139 BGB ausscheidet. Dies ist für Schiedsklauseln anerkannt und muss *a majore ad minus* auch für eine Mediationsverfügung gelten.⁴⁸

Zulässig ist es demgegenüber, den Pflichtteilsberechtigten durch bestimmte Anreize zur freiwilligen Teilnahme an einer Mediation zu motivieren. So kann der Erblasser zugunsten des Pflichtteilsberechtigten ein finanziell attraktives Vermächtnis aussetzen, das mit einer auflösenden Bedingung versehen ist, wonach die Zuwendung entfällt, wenn der Pflichtteilsberechtigte im Streitfall Klage erhebt, bevor die Beteiligten einen Mediationsversuch unternommen haben. Das Vermächtnis kann dem Pflichtteilsberechtigten z. B. eine Geldzuwendung in Höhe von 110 % des Pflichtteilswerts bzw. sogleich in Höhe einer voraussichtlich diesem Wert entsprechenden, fixen Geldsumme festsetzen. Vorsorge ist dahingehend zu treffen, dass das Vermächtnis bei einer Ausschlagung nicht auf Ersatzvermächtnisnehmer übergeht. Das Vermächtnis sollte nur dann an einen Ersatzvermächtnisnehmer dann übergehen, wenn dieser sonst selbst pflichtteilsberechtigt wäre.⁴⁹

In der kautelarjuristischen Praxis mag man erwägen, Pflichtteilsberechtigte in dem Wortlaut nach bindende Mediationsverfügungen einzubeziehen, dabei die Unwirksamkeit der Anordnung hinzunehmen und darauf zu setzen, dass sich die

⁴⁵ Beisel (2016), § 32 Rn. 62 f.; Müller (2017), § 11 Rn. 176; generell zweifelnd gegenüber einem Zwang zur Mediation Töben (2013), S. 324.

⁴⁶ BGH Beschl. v. 16. März 2017, I ZB 49/16, <https://openjur.de/u/2117187.html>; Weidlich (2022), § 1937 Rn. 5.

⁴⁷ OLG München Beschl. v. 25. April 2016, 34 Sch 13/15, <https://openjur.de/u/2124319.html>.

⁴⁸ Töben (2013), S. 331.

⁴⁹ Formulierungsbeispiele finden sich bei Töben und Schmitz-Vornmoor.

Pflichtteilsberechtigten entweder in rechtlicher Unkenntnis oder aus Respekt vor dem letzten Willen der Erblasserin von der unwirksamen Verfügung beeindruckt lassen und ihr Folge leisten. In der unternehmerischen Praxis ist es in ähnlicher Weise üblich, klar unwirksame Allgemeine Geschäftsbedingungen in Klauselwerke aufzunehmen. Dieses Vorgehen erscheint gleichwohl zweifelhaft: Zum einen erwartet man von anwaltlichen Beratern als Organen der Rechtspflege, dass sie ihre Beratung an Recht und Gesetz ausrichten und taktische Überlegungen im Zweifel dahinter zurückstellen lassen. Zum anderen ist es wenig wahrscheinlich, dass sich Pflichtteilsberechtigte von einer entsprechenden Klausel so beeindruckt lassen, dass sie nicht nur an einem Mediationsversuch teilnehmen, sondern dort auch eine kooperative Haltung einnehmen. Sinnvoller erscheint es hier, die Bitte der Erblasserin um gutwillige Verhandlungen als solche zu äußern und ggf. für Pflichtteilsberechtigte mit den erwähnten zusätzlichen Anreizen zu verknüpfen.

6.2.3 *Rechtsfolgen wirksamer Mediationsklauseln*

Während die Schiedsvereinbarung den Streitgegenstand nach dem Vorgesagten dauerhaft der Zuständigkeit der staatlichen Gerichte entzieht, führen Mediationsklauseln nur zu einem aufschiebenden Verzicht auf die Anrufung der Justiz. Wenn sich die Parteien zunächst auf eine Mediation verständigt haben, ist es schon aus **Effizienzgründen** für den Regelfall abzulehnen, gleichzeitig den Gang vor die staatlichen Gerichte zuzulassen. Hierfür spricht, dass parallele Verfahren die Konfliktkosten erhöhen und die Vereinbarung der Parteien konterkarieren würden.⁵⁰

Lediglich im Einzelfall kann die **Parallelität** sinnvoll erscheinen, etwa wenn Ausschlussfristen im Raum stehen, wie dies im Arbeitsrecht (§ 4 KSchG) oder im Gesellschaftsrecht der Fall sein kann (§ 141 AktG).

Der dilatorische Charakter der Mediationsabrede wirft die Frage auf, zu welchen konkreten Schritten die Parteien verpflichtet sind, bevor im nächsten Schritt eine Klage erhoben werden kann. Dies richtet sich nach der Abrede im konkreten Einzelfall. Als nicht evaluatives Verfahren sieht die Mediation keinen Mediatorspruch zum **Verfahrensabschluss** vor. Die Parteien können also nicht zum Ausharren bis zum Mediationspruch oder auch nur dem Abschluss durch den Mediator gezwungen werden.

Damit wird allgemein nur verlangt werden können, dass die Parteien einen Mediator beauftragen und zumindest an einer Mediationssitzung teilnehmen und sich dort, sei es auch nur vertraulich gegenüber dem Mediator, zu der Sache in groben Zügen äußern.⁵¹ Theoretisch könnte eine Mediationsklausel auch noch das Absitzen

⁵⁰Unberath (2011), S. 1321.

⁵¹Unberath (2011), S. 1322.

eines vordefinierten Zeitraums verlangen,⁵² dabei wäre aber nicht zu erwarten, dass die Betroffenen das Verfahren mit einer kooperativen Grundhaltung angehen. Weitere zwingende Anforderungen sind allenfalls dann anzunehmen, wenn sie von der Klausel im Einzelfall getragen sind. Dies wird nur selten der Fall sein, da aus dem **Freiwilligkeitsgrundsatz** – jedenfalls hinsichtlich des Ergebnisses – folgt, dass jede Partei die Mediation zu jedem Zeitpunkt nach deren Beginn grundlos beenden können muss. Schon aus Gründen mangelnder Bestimmtheit wäre es unzulässig, wenn eine Klausel die Teilnehmer einer Mediation zwingen wollte, am Ende des Verfahrens einer Kompromisslösung zuzustimmen.

Existiert eine wirksame Mediationsklausel, ist eine gleichwohl erhobene Klage auf eine entsprechende Einrede hin⁵³ als derzeit **unzulässig** abzuweisen. Die gewillkürte Prozessvoraussetzung muss dabei nicht erst zum Schluss der mündlichen Verhandlung vorliegen, sondern bereits zum **Zeitpunkt der Klageerhebung**.⁵⁴ Nur am Rande sei erwähnt, dass die Erhebung der Einrede eines (zeitweiligen) Klageverzichts zwar nicht generell, jedoch in Einzelfällen rechtsmissbräuchlich sein kann. Dies ist etwa dann der Fall, wenn eine Partei das Mediationsverfahren verhindert, etwa durch Nichteinzahlung des auf sie entfallenden Gebührenvorschusses, und sich dennoch auf die Einrede berufen will.⁵⁵

6.3 Gestaltungsvarianten einer Mediationsklausel

Nach der Darstellung der grundlegenden Voraussetzungen und Grenzen einer erbrechtlichen Mediationsklausel geht es im Folgenden um konkrete **Gestaltungsvarianten**, zunächst für Mediationsvereinbarungen und sodann für Mediationsverfügungen.

6.3.1 Gestaltung einer Mediationsvereinbarung

Am Anfang der Darstellung konkreter Gestaltungsvarianten von Mediationsklauseln sollen einvernehmliche Regelungen unter Einbindung aller Beteiligten stehen. Während die Einleitung erbrechtlicher Mediationen nach Konfliktentstehung größere Mühe bereitet, ebnet die Mediationsvereinbarung **in „guten Zeiten“** den Weg

⁵²Eine testamentarische Auflage unterliegt keiner Vernunftkontrolle. Deswegen wäre es wirksam, wenn die Erblasserin von ihren Nachfahren verlangen würde, einen Mediationsversuch von mindestens fünf Stunden Dauer zu unternehmen.

⁵³BGH Urt. v. 18. November 1998, VIII ZR 344/97, juris.

⁵⁴Unberath (2011), S. 1321.

⁵⁵BGH Urt. v. 18. November 1998, VIII ZR 344/97, juris.

zu einer konstruktiven Konfliktbearbeitung in der Krise. Damit lässt sich auch vermeiden, dass der Vorschlag einer Mediation vom Kontrahenten als Zeichen der Schwäche aufgefasst wird.⁵⁶

Als Ausgangspunkt der Betrachtung dient folgender, stark vereinfachter Sachverhalt: Die verwitwete Unternehmerin E möchte in einem Erbvertrag mit ihren Kindern T und S ihre Vermögensnachfolge umfassend regeln. Das Verhältnis von T und S zueinander ist ausgesprochen gut. Da dennoch nicht auszuschließen ist, dass es im Erbfall in vielen Jahren zu Meinungsverschiedenheiten kommt, möchte E die Weichen auf einen konstruktiven Umgang mit potenziellen Konflikten stellen. Im Wege der vorweggenommenen Erbfolge erhält T bereits heute umfangreiche Vermögensgegenstände übertragen und S einen Anteil am Unternehmen. S wird im Erbfall die restlichen Anteile am Unternehmen erhalten; Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüche sollen ausgeschlossen sein.

6.3.1.1 Mediationsabrede

Ausgangspunkt der Mediationsvereinbarung stellt die eigentliche **Mediationsabrede** dar, also die Vereinbarung der Parteien, im Konfliktfall ein Mediationsverfahren durchzuführen. Sofern alle potenziellen Streitbeteiligten Partei der Vereinbarung sind, lässt sich die entsprechende Klausel wie folgt fassen:

Klauselbeispiel

Einigung auf die Durchführung einer Mediation

Die Parteien verpflichten sich, auftretende Streitigkeiten eigenverantwortlich und einvernehmlich zu lösen. Zur Beilegung von Streitigkeiten wird ein Mediationsverfahren durchgeführt.

Eine Streitigkeit in diesem Sinne ist jede Auseinandersetzung über und aus diesem Erbvertrag und darüber hinaus über die Erbfolge nach der Erblasserin einschließlich der Abwicklung oder Auseinandersetzung des Nachlasses sowie etwaiger Rechte und Ansprüche, die mit dem Pflichtteil zusammenhängen.

Wenn die Beteiligten sämtlich Parteien des Erbvertrages und damit der Mediationsvereinbarung sind, bestehen keine Bedenken dagegen, auch etwaige **Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüche** der Mediationsvereinbarung zu unterwerfen. Zwar liegt in der Mediationsvereinbarung eine Beschränkung der

⁵⁶Risse (2018), § 69 Rn. 23.

Pflichtteilsberechtigten; aus der Privatautonomie und der Vertragsfreiheit folgt jedoch, dass derlei (Selbst-)Beschränkungen zulässig sind. Die Feststellung des OLG München, dass Beschränkungen der Pflichtteilsberechtigten unzulässig sein sollen,⁵⁷ beansprucht nur für Drittbeschränkungen, nicht aber für Selbstbeschränkungen Geltung. Dies folgt aus der gesetzlich vorgesehenen Möglichkeit eines vollständigen **Erb- und Pflichtteilsverzichtes** (§ 2346 Abs. 1 BGB) bzw. eines isolierten Pflichtteilsverzichtes (§ 2346 Abs. 2 BGB). Wenn der Pflichtteilsberechtigte auf den Pflichtteil vollständig verzichten kann, muss es ihm *a majore ad minus* erst recht freistehen, sich vertraglich einer Mediationsabrede zu unterwerfen.

6.3.1.2 Verfahrensrechtlicher Rahmen

Seit dem Inkrafttreten des Mediationsgesetzes regelt dessen § 2 die Kernelemente eines **Mediationsverfahrens**. Im Einzelnen gelten die Regelungen jedoch teilweise als „konturenschwach“.⁵⁸ Da die Regelungen zudem weitgehend **dispositiv** sind, gelten sie nur dann, wenn die Parteien keine abweichenden Regelungen treffen. Sie sind dennoch hilfreich, sofern Verfahrensregelungen nicht konkret in die Mediationsklausel aufgenommen werden und auch nicht auf das Regelwerk einer bestimmten Schieds- oder Mediationsinstitution verwiesen wird.

Die Beteiligten können sich bereits bei Abfassung der Mediationsklausel darauf verständigen, die Mediation in einem institutionell betreuten Rahmen durchzuführen. Hierfür nehmen sie dann in der Klausel auf die Verfahrensordnung einer Streitbeilegungsinstitution Bezug.⁵⁹ Die Vorteile einer solchen Regelung liegen vor allem darin, dass die Parteien im Konfliktfall auf bestehende **Strukturen und Verfahrensordnungen** zurückgreifen können.

Klauselbeispiel

Verweis auf eine Mediationsinstitution

Am Beispiel der Regelungen der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V. („DIS“) bietet sich für einen solchen Fall etwa folgender Wortlaut an:

Das Verfahren wird nach der jeweils aktuellen Mediationsordnung der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V. (DIS-MedO) durchgeführt.

⁵⁷ OLG München Beschl. v. 25. April 2016, 34 Sch 13/15, <https://openjur.de/u/2124319.html>.

⁵⁸ Risse (2012), S. 248.

⁵⁹ Für die Schiedsinstitution: Hauschild und Böttcher (2012), S. 589.

Die Anlehnung an eine bzw. die Administration durch eine Mediationsinstitution bringt jedoch nicht nur die aufgezeigten Vorteile mit sich. Zum einen löst die Einbindung der Institution bzw. die Administration gewisse **Mehrkosten** aus. Zum anderen ist mit dieser Regelung eine gewisse **Starrheit** des Verfahrens verbunden, die dem flexiblen Konfliktlösungsmechanismus Mediation an sich widerspricht. Zwar können die Parteien die institutionelle Verfahrensordnung jederzeit für sich abändern. Gleichwohl fehlt der erste gemeinsame Erfolg in Form einer Verständigung auf einen Mediator und die Vereinbarung von Verfahrensgrundsätzen für die gemeinsame Mediation, die die **Konfliktdynamik** bereits positiv beeinflussen können. Daneben tritt ein weiterer Gesichtspunkt: Gerade mediationsunerfahrene Parteien werden – anders als beim bloßen „Abnicken“ einer vorgegebenen Mediationsordnung – faktisch gezwungen, sich bereits im Vorfeld intensiv mit den Konzepten der Mediation zu befassen. Dies dürfte insgesamt positiv für die **Konfliktkultur** sein. Auch Ungleichgewichte aufgrund unterschiedlicher Erfahrungstiefe lassen sich so nivellieren. Die Abwägung für und gegen eine Administration der Mediation sollten die Parteien daher individuell unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls treffen.

Fällt die Entscheidung gegen eine institutionelle Anbindung und Administration aus, sollte bei der Gestaltung der Verfahrensvorgaben im Blick bleiben, die Mediationsvereinbarung nicht zu überfrachten und den Charakteristika der Mediation Rechnung zu tragen. Insbesondere die Eigenverantwortlichkeit der Parteien und die Flexibilität des Verfahrens sollten im Fokus bleiben. Gleichzeitig können die Parteien vorsehen, dass im Zweifels- oder Streitfall die Mediatorin offene Verfahrensfragen klärt. Dies steht den Grundsätzen der Mediation nicht entgegen, da den Parteien die Ergebnisverantwortung voll verbleibt und lediglich die Verfahrensverantwortung in diesen Fällen zur Entscheidung auf die Mediatorin übergeht.

Klauselbeispiel

Zuweisung der Verfahrensverantwortung

Eine Formulierung für diesen Aspekt könnte etwa lauten:

Die Parteien werden die Verfahrensregeln einvernehmlich mit der Mediatorin bestimmen. Im Zweifelsfall bestimmt die Mediatorin das Verfahren nach billigem Ermessen.

6.3.1.3 Auswahl des Mediators

Der Erfolg einer Mediation „steht und fällt“ mit der Person und den **Kompetenzen** des Mediators. Gerade wegen der Verfahrensoffenheit der Mediation kommt der Auswahl des Mediators besondere Bedeutung zu.

Das **Anforderungsprofil** des Mediators hängt von den Verfahrensbedürfnissen der Parteien ab. Typischerweise suchen sie jemanden, der gut zuhören, gut kommunizieren und gut strukturieren kann. Eine gewisse Autorität durch einen anderweiti-

gen Hauptberuf hat sich vielfach als hilfreich erwiesen. Kaum Bedeutung haben demgegenüber Zertifikate, verbandliche Anerkennungen oder Listungen.⁶⁰

Betrachtet man die Auswahlentscheidung hinsichtlich des Mediators im Lichte der **Eigenverantwortlichkeit** der Parteien, spricht zunächst vieles dafür, dass die Parteien den Mediator entweder konkret vorab festlegen oder im Streitfall einvernehmlich bestimmen. Die Benennung einer konkreten Person ist jedoch an verschiedene Voraussetzungen geknüpft. Zum einen muss den Parteien überhaupt ein Mediator bekannt sein, der das für sie passende Anforderungsprofil erfüllt. Zum anderen ist Vorsorge für den Fall zu treffen, dass die benannte Person das Verfahren nicht durchführen kann oder will, sei es auch nur aufgrund langer Zeit zwischen dem Treffen der Vereinbarung und dem Auftreten des Konflikts. Die Hausanwälte der Parteien stehen typischerweise nicht als Mediatoren zur Verfügung, auch wenn sie häufig über enormes Vorwissen über die konkrete Konfliktlage verfügen. Denn aufgrund der Vorbefassung sind sie regelmäßig nicht in der Lage, die Stellung eines neutralen Dritten einzunehmen. Wenig empfehlenswert ist es, die Auswahl einem Dritten zu überlassen. Die Mitsprache Dritter sollte sich auf maximal einen Vorschlag beschränken, um die Verfahrensautonomie der Parteien nicht zu gefährden.

Eine konkrete **Benennung** könnte wie folgt aussehen:

Als Mediatorin bestimmen die Parteien Rechtsanwältin Dr. Muster. Diese Bestimmung gilt dann nicht, wenn Dr. Muster zum Zeitpunkt des Mediationsantrages das 70. Lebensjahr vollendet hat oder sich die Parteien einvernehmlich auf einen anderen Mediator einigen oder wenn Dr. Muster die Mediation nicht durchführen kann oder will. In diesem Fall können die Parteien einen Vorschlag beim Deutsche Schiedsgerichtsbarkeit für Erbstreitigkeiten e.V. einholen. Als Kriterien für die Eignung des Mediators kommen unter anderem Mediationserfahrung, erbrechtliche und kommunikative Kompetenz und zeitliche Flexibilität in Betracht.

6.3.1.4 Dilatorische Wirkung der Mediationsabrede

Im Falle der Mediationsvereinbarung gibt es selten Gründe, neben der Mediation bereits zeitgleich den Gang vor die staatlichen Gerichte, mit Ausnahme von Eilverfahren und selbstständigen Beweisverfahren, zuzulassen. Es bietet sich daher regelmäßig an, einen **dilatorischen Klageverzicht** explizit festzuschreiben. Dieser kann etwa durch folgende Formulierung geschehen:⁶¹

⁶⁰Ausführlich oben Abschn. 3.3.

⁶¹Angelehnt an Töben (2013), S. 330.

Klauselbeispiel

Vorrang der Mediation

Die Erhebung einer Klage wegen einer bestimmten Streitigkeit ist erst zulässig, wenn eine Partei gegenüber allen anderen Parteien oder der Mediator gegenüber allen Parteien die Mediation schriftlich für gescheitert erklärt. Das Scheitern kann nur erklärt werden, wenn

- a. mindestens eine Mediationssitzung abgehalten wurde oder
- b. wenn seit dem schriftlich an alle anderen Parteien gerichteten Antrag einer Partei auf Durchführung einer Mediation („Mediationsantrag“) sechzig Kalendertage vergangen sind, ohne dass es zu einer gemeinsamen Mediationssitzung aller Parteien oder der Terminierung einer Mediationssitzung mit allen Parteien gekommen ist;
- c. eine Partei, die keinen Mediationsantrag gestellt hat, schriftlich gegenüber allen anderen Parteien erklärt hat, an einer Mediationssitzung nicht teilzunehmen.

Ein gerichtliches Eilverfahren und gerichtliche Beweisverfahren bleiben jedoch in jedem Fall zulässig.

6.3.1.5 Verjährung

Während eines laufenden Mediationsverfahrens ist die Verjährung von Ansprüchen gemäß § 203 Satz 1 BGB gehemmt, da spätestens mit diesem Zeitpunkt **Verhandlungen** zwischen den Parteien schweben.⁶² Es bietet sich jedoch an, **Rechtsunsicherheit** bezüglich des Beginns der Hemmung von vorneherein auszuschließen, die entstehen können, weil etwa eine Partei von Anfang an erklärt hat, an einer Mediation nicht teilzunehmen.

Die Hemmung der Verjährung tritt mit Zugang des Mediationsantrages ein.

Es ist im Blick zu behalten, dass vertragliche Ausschlussfristen von der Hemmung der Verjährung im Regelfall unberührt bleiben.⁶³ Sofern solche im Raum stehen, ist an eine sinngemäße Abänderung dieser Fristen zu denken.

⁶² Ausführlich Fries (2016), S. 723 ff.

⁶³ Grothe (2021), § 203 Rn. 1.

6.3.1.6 Vertraulichkeit

Weiterhin ist eine Abrede zur vertraulichen Behandlung der Mediationsergebnisse unerlässlich, weil das Mediationsgesetz in § 4 nur eine Verschwiegenheitspflicht *des Mediators* festlegt. Die wesentliche Herausforderung liegt dabei darin, klar zu regeln, welche Tatsachen der Vertraulichkeit unterliegen sollen.⁶⁴ Es hat sich in der Praxis als sinnvoll erwiesen, die Klausel grundsätzlich weit zu fassen, ein konkretes Vortragsverbot für einen sich möglicherweise anschließenden Zivilprozess allerdings auf diejenigen Tatsachen zu beschränken, die den Parteien während der Mediationsverhandlungen bekannt geworden sind.

Die Parteien verpflichten sich dazu, gegenüber Dritten Stillschweigen mit Blick auf den Inhalt der Mediationsgespräche zu bewahren. Sie verpflichten sich weiterhin dazu, Tatsachen oder Beweismittel, die ihnen durch die Mediationsverhandlungen bekannt werden, nicht in einen möglicherweise folgenden Zivilprozess einzubringen.

Es verbleibt die unvermeidliche Unschärfe, dass es im Einzelfall schwierig sein kann nachzuweisen, auf welchem Wege eine Partei eine bestimmte Information gelangt ist. Die Parteien müssen überdies damit rechnen, dass ihr jeweiliger Kontrahent im Zweifel für Erkenntnisse aus den Mediationsverhandlungen Alternativquellen suchen und finden wird, um dann zu behaupten, den entsprechenden Umstand nicht im Wege der Mediation erkannt zu haben. Trotz dieser Schwächen der Vertraulichkeitsklausel bleibt deren Nutzen positiv.

6.3.1.7 Kosten der Mediation

Eine **Vereinbarung** über die Kostentragung treffen die Beteiligten regelmäßig bereits im Vorfeld, spätestens aber im Rahmen der ersten Mediationssitzung. Für den Inhalt der Vereinbarung bzw. für den Fall, dass die Beteiligten ausnahmsweise keine ausdrückliche Vereinbarung schließen, dienen die Charakteristika der Mediation als Leitlinie. Als nicht-konfrontatives Verfahren und mangels Drittscheidungskompetenz kennt die Mediation keine Gewinner oder Verlierer. Der gesetzliche Anknüpfungspunkt der zivilprozessualen Kostentragung, das **Unterliegen** im Sinne des § 91 Abs. 1 ZPO, führt daher nicht weiter. Vielmehr entspricht es dem Wesen der Mediation, die Verfahrenskosten **gleichmäßig auf die Parteien** zu verteilen. Entstandene Auslagen einschließlich der Kosten eigener (Rechts-)Berater trägt dabei jede Partei selbst.⁶⁵

⁶⁴Duve et al. (2019), S. 252.

⁶⁵Greger (2016), § 1 MediationsG Rn. 223.

Da sich im Falle der Mediationsvereinbarung sämtliche Beteiligte auf die Durchführung einer Mediation im Streitfall verständigt haben, kann es bei dieser Kostentragungsregelung verbleiben. In dieser Konstellation gibt es wenig Anlass, den Nachlass mit den Verfahrenskosten zu belasten. Anders kann dies jedoch im Falle der Mediationsverfügung sein. Insbesondere bei der Einbeziehung Pflichtteilsberechtigter empfiehlt es sich, den Nachlass mit den Kosten zu belasten, um den – durch die Mediationsverfügung nicht rechtlich gebundenen – Pflichtteilsberechtigten die Entscheidung für eine Mediation nicht unnötig zu erschweren.

6.3.2 Gestaltung einer Mediationsverfügung

Während die Beteiligten sich mit einer Mediationsvereinbarung wechselseitig zur Durchführung einer Mediation vor der Anrufung der ordentlichen Gerichte verpflichten, ordnet dies die Erblasserin im Falle der Mediationsverfügung für die Beteiligten einseitig an. Technisch handelt es sich damit um eine Anordnung **zu Lasten Dritter**.

Ausgangspunkt einer Mediationsverfügung ist die **Mediationsanordnung**, die das Pendant zur Mediationsabrede einer Mediationsvereinbarung darstellt. Die Formulierung der Mediationsanordnung kann noch umfassend, und damit unabhängig von der Frage der materiell-rechtlichen Mediationsfähigkeit einzelner Streitigkeiten, erfolgen.

Auftretende Streitigkeiten werden die Parteien nach Möglichkeit außergerichtlich und einvernehmlich lösen. Wenn bilaterale Verhandlungen scheitern, wird ein Mediationsverfahren durchgeführt. Eine Streitigkeit ist dabei jede Auseinandersetzung über und aus dieser letztwilligen Verfügung und darüber hinaus über die hier geregelte Erbfolge einschließlich der Abwicklung oder Auseinandersetzung des Nachlasses sowie etwaiger Rechte und Ansprüche, die mit dem Pflichtteil zusammenhängen.

Im Vergleich zu einer Mediationsvereinbarung treten hinsichtlich des verfahrensrechtlichen Rahmens und der Mediatorauswahl bei der Ausgestaltung einer Mediationsverfügung keine Besonderheiten auf.⁶⁶

Abweichungen von einer Mediationsvereinbarung können sich jedoch bei der Gestaltung der Wirkung der Mediationsanordnung ergeben, da nun die Frage der **materiell-rechtlichen Mediationsfähigkeit** einzelner Streitigkeiten zu beachten ist. Im Falle der Mediationsverfügung entscheiden sich die Parteien nämlich gerade

⁶⁶ Siehe daher die Darstellung oben in Abschn. 6.3.1.2.

nicht eigenverantwortlich und als Ausdruck ihrer Vertragsfreiheit für einen bestimmten Konfliktlösungsmechanismus. Da eine zu weit gefasste Mediationsverfügung aber rechtlich folgenlos bleibt und gleichzeitig eine durchaus positive Auswirkung auf die Konfliktbearbeitung zeitigen kann, spricht einiges für eine auch hier umfassende Formulierung.

Klauselbeispiel

Anordnung durch die Erblasserin

Die Erhebung einer Klage wegen einer Streitigkeit ist erst zulässig, wenn eine Partei gegenüber allen anderen Parteien oder der Mediator gegenüber allen Parteien die Mediation schriftlich für gescheitert erklärt hat. Das Scheitern kann nur erklärt werden, wenn

- a. **mindestens eine Mediationssitzung abgehalten wurde oder**
- b. **seit dem schriftlich an alle anderen Parteien gerichteten Antrag einer Partei auf Durchführung einer Mediation („Mediationsantrag“) sechzig Kalendertage vergangen sind, ohne dass es zu einer gemeinsamen Mediationssitzung aller Parteien oder der Terminierung einer Mediationssitzung mit allen Parteien gekommen ist;**
- c. **eine Partei, die keinen Mediationsantrag gestellt hat, schriftlich gegenüber allen anderen Parteien erklärt hat, an einer Mediationssitzung nicht teilzunehmen.**

Ein gerichtliches Eilverfahren oder gerichtliche Beweisverfahren bleiben in jedem Fall zulässig.

Sofern die Mediationsanordnung auf die Streitigkeiten beschränkt werden soll, denen materiell-rechtliche **Mediationsfähigkeit** zukommt, lässt sich die Anordnung mit einem Mediationswunsch im Übrigen verbinden. Hier sind dann die Mediationsfähigkeit der konkreten Streitigkeit in der Mediationsanordnung einerseits und der Mediationswunsch der Erblasserin andererseits sauber zu trennen.

Klauselbeispiel

Berücksichtigung der Mediationsfähigkeit

I. Sofern die konkrete Streitigkeit materiell-rechtlich mediationsfähig ist, ist die Erhebung einer Klage wegen einer solchen Streitigkeit erst zulässig, wenn eine Partei gegenüber allen anderen Parteien oder der Mediator gegenüber allen Parteien die Mediation schriftlich für gescheitert erklärt hat. Das Scheitern kann nur erklärt werden, wenn

- a. **mindestens eine Mediationssitzung abgehalten wurde; oder**
- b. **wenn seit dem schriftlich an alle anderen Parteien gerichteten Antrag einer Partei auf Durchführung einer Mediation („Mediationsantrag“)**

sechzig Kalendertage vergangen sind, ohne dass es zu einer gemeinsamen Mediations Sitzung aller Parteien oder der Terminierung einer Mediations Sitzung mit allen Parteien gekommen ist;

- c. eine Partei, die keinen Mediationsantrag gestellt hat, schriftlich gegenüber allen anderen Parteien erklärt hat, an einer Mediations Sitzung nicht teilzunehmen.

II. Fehlt es der konkreten Streitigkeit an der materiell-rechtlichen Mediationsfähigkeit, so verpflichtet vorstehende Klausel zwar niemanden zur Teilnahme an einer Mediation. Ich vertraue jedoch darauf, dass mein ausdrücklicher Wunsch in einem solchen Fall freiwillig respektiert wird. Mein Tod und mein Nachlass sollen nicht Ausgangspunkt gerichtlicher Auseinandersetzungen werden.

III. Ein gerichtliches Eilverfahren oder gerichtliche Beweisverfahren bleiben in jedem Fall zulässig.

6.3.3 Gestaltung eines Mediationswunsches

Gleichsam das Gegenstück zu einer verbindlichen multilateralen Mediationsabrede stellt der unilaterale **Mediationswunsch** des Erblassers dar. Anders als im Fall einer Mediationsvereinbarung wird hier die Klage einer Partei nicht als temporär unzulässig abgewiesen. Dennoch ist anzunehmen, dass ein solcher Wunsch auf zweierlei Art und Weise positiv auf die Konfliktdynamik einwirken kann.

Zum einen strahlt der Erblasser in vielen Fällen auch posthum noch eine gewisse **Autorität** aus. Gelegentlich ist sogar festzustellen, dass dieser Effekt nach dem Tod des Erblassers stärker zu Tage tritt als zu Lebzeiten. Dem gerade erst Verstorbenen wird der Wunsch oder der Appell⁶⁷ daher häufig nicht abgeschlagen. Keine Partei möchte diejenige sein, die den insoweit klaren Erblasserwunsch als erste in den Wind schlägt.

Daneben tritt ein weiterer mediationsfördernder Umstand: Viele Konfliktparteien denken von sich aus wenig über die möglichen Verfahren zur Konfliktlösung nach bzw. unterziehen die erkannten Verfahren selten einem qualitativen Vergleich im Hinblick auf die Geeignetheit zur Lösung des konkreten Konfliktes. Ein „**fitting the forum to the fuss**“,⁶⁸ also die passgenaue Auswahl und optimale Gestaltung des Konfliktlösungsmechanismus im Hinblick auf eine aktuelle Auseinandersetzung, findet auf Seiten der Parteien selten statt. Vielmehr delegieren die Parteien die Auswahl des Verfahrens regelmäßig an die beratenden Rechtsanwälte. Diese sind

⁶⁷ Schmitz-Vornmoor (2018a), S. 50.

⁶⁸ Der Begriff geht zurück auf Sander und Goldberg (1994), S. 68.

zwar berufsrechtlich verpflichtet, auch konfliktvermeidend und streitschlichtend zu beraten⁶⁹ – worunter auch die Auswahl des geeigneten Konfliktlösungsmechanismus zählt – dies geschieht in der Praxis aber häufig nur unzureichend. Wird nun in einer letztwilligen Verfügung Mediation thematisiert, sei es auch nur als rechtlich unverbindlicher Wunsch, kommt das Thema Auswahl des passenden Konfliktlösungsmechanismus zumindest auf das Tableau und führt zu Nachfragen bei der beratenden Rechtsanwältin führen. Damit steigt die Wahrscheinlichkeit der Durchführung einer Mediation. Der Erblasserwunsch fungiert gleichsam als „Stolperstein“ auf dem rituellen Weg zu den staatlichen Gerichten.⁷⁰

Weiterhin kann sich eine mediationsaffine Partei bei der Anregung einer Mediation auf den expliziten Wunsch des Erblassers berufen, so dass die immer noch vorhandenen psychologischen **Vorbehalte** gegen den Vorschlag einer Mediation teilweise wegfallen.⁷¹ Dies gilt sowohl im Hinblick auf die Sorge der Wahrnehmung durch die Gegenseite, im Sinne eines Zeichens der Schwäche, aber auch im Hinblick auf die etwaige Sorge der Rechtsanwälte, selbst als „zu weich“ wahrgenommen zu werden, sollten sie ihrer Mandantschaft einen einvernehmlichen Weg zur Konfliktlösung vorschlagen. Steht der Mediationswunsch in der Tradition konkreter gelebter Familienwerte, können diese durchaus benannt und betont werden. Das erhöht noch einmal die Wahrscheinlichkeit, dass die Nachfahren den Wunsch auch befolgen.⁷²

Es spricht insofern bei einer Gesamtschau vieles dafür, auch einen rechtlich nicht durchsetzbaren Mediationswunsch in eine letztwillige Verfügung aufzunehmen.

Klauselbeispiel

Mediationsappell des Erblassers

Hinsichtlich der Konfliktbearbeitung wünsche ich mir ausdrücklich, dass die Parteien auftretende Streitigkeiten außergerichtlich und einvernehmlich lösen. Mein Tod und mein Nachlass sollen nicht Ausgangspunkt gerichtlicher Auseinandersetzungen werden. Ich wünsche mir daher, dass im Konfliktfall ein Mediationsverfahren durchgeführt wird.

Unter Streitigkeit in diesem Sinne fallen alle Auseinandersetzungen über und aus dieser letztwilligen Verfügung und darüber hinaus über die Erbfolge nach mir einschließlich der Abwicklung oder Auseinandersetzung des Nachlasses sowie etwaiger Rechte und Ansprüche, die mit dem Pflichtteil zusammenhängen.

⁶⁹ So § 1 Abs. 3 BORA.

⁷⁰ Schmitz-Vornmoor (2018a), S. 50.

⁷¹ Risse (2018), § 69 Rn. 27.

⁷² Schmitz-Vornmoor (2018a), S. 52.

Da der Mediationswunsch nicht die Zulässigkeit der Klage ausschließt, kann im Einzelfall ein Mediationsappell aufgenommen werden:

Ich weiß, dass die vorstehende Klausel rechtlich niemanden zur Teilnahme an einer Mediation verpflichtet und dass daher auch die Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens ohne vorherige Mediation zulässig bleibt. Ich vertraue jedoch darauf, dass meine Nachfahren meinen ausdrücklichen Wunsch, eine Klage erst als letztes Mittel zu erwägen, freiwillig respektieren.

Literatur

- Arntz T (2014) Die missglückte Eskalationsklausel. *SchiedsVZ* 2014:237–244
- Bandel S (2017) Pflichtteilsstreitigkeiten im Schiedsverfahren – München locuta, causa finita? *SchiedsVZ* 2017:72–80
- Duve C, Eidenmüller H, Hacke A, Fries M (2019) *Mediation in der Wirtschaft*, 3. Aufl. Dr. Otto Schmidt, Köln
- Friedrich FM (2007) Schlichtungs- und Mediationsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen. *SchiedsVZ* 2007:31–36
- Fries M (2016) Die Hemmung der Verjährung durch Güteanträge im System der §§ 203 und 204 BGB. *JZ* 2016:723–728
- Geimer R (2022a) § 1030 Schiedsfähigkeit. In: Zöllner, *Zivilprozessordnung*, 34. Aufl. Dr. Otto Schmidt, Köln
- Geimer R (2022b) § 1066 Entsprechende Anwendung der Vorschriften des Buches 10. In: Zöllner, *Zivilprozessordnung*, 34. Aufl. Dr. Otto Schmidt, Köln
- Greger R (2016) § 1 MediationsG. In: Unberath H, Steffek F, Greger R (Hrsg) *Recht der alternativen Konfliktlösung*, 2. Aufl. C. H. Beck, München
- Grothe H (2021) § 203 Hemmung der Verjährungen bei Verhandlungen. In: *MünchKommBGB*, 9. Aufl. C. H. Beck, München
- Grötsch P (2019) B. XIV. Die Schiedsgerichtsklausel (§ 1066 ZPO). In: Steiner A (Hrsg) *Praxis-Handbuch Erbrechtsberatung*, 5. Aufl. Dr. Otto Schmidt, Köln
- Haas U (2007) Letztwillige Schiedsverfügungen i. S. des § ZPO § 1066 ZPO. *ZEV* 2007:49–55
- Hauschild A, Böttcher L (2012) Schiedsvereinbarungen in Gesellschaftsverträgen. *DNotZ* 2012:577–597
- Keim C (2017) Die Grenzen letztwilliger Schiedsklauseln. *NJW* 2017:2652–2655
- Kössinger R, Zintl J (2020) § 15 Einflussnahme des Erblassers über seinen Tod hinaus. In: Kössinger R, Kössinger W, Najdecki DW, Zintl J (Hrsg) *Handbuch der Testamentsgestaltung*, 6. Aufl. C. H. Beck, München
- Lange KW (2015) Letztwillig angeordnete Schiedsklauseln. *ZFP* 128:407–430
- Lange KW (2022) § 2303 Pflichtteilsberechtigter; Höhe des Pflichtteils. In: *MünchKommBGB*, 9. Aufl. C. H. Beck, München
- Leipold D (2022a) § 1937 Erbinsetzung durch letztwillige Verfügung. In: *MünchKommBGB*, 9. Aufl. C. H. Beck, München
- Leipold D (2022b) § 2075 Auflösende Bedingung. In: *MünchKommBGB*, 9. Aufl. C. H. Beck, München
- Müller G (2017) § 11 Strategien zur Minimierung des Pflichtteils. In: Schlitt G, Müller G (Hrsg) *Handbuch Pflichtteilsrecht*, 2. Aufl. C. H. Beck, München
- Müller-Christmann B (2022) § 1937 Erbinsetzung durch letztwillige Verfügung. In: *BeckOK BGB*. Stand 1. Mai 2022. C. H. Beck, München

- Müller-Engels G (2022) § 2317 Entstehung und Übertragbarkeit des Pflichtteilsanspruchs. In: BeckOK BGB. Stand 1. Mai 2022. C. H. Beck, München
- Münch J (2022a) § 1030 Schiedsfähigkeit. In: MünchKommZPO, 6. Aufl. C. H. Beck, München
- Münch J (2022b) § 1066 Entsprechende Anwendung der Vorschriften des Buches 10. In: MünchKommZPO, 6. Aufl. C. H. Beck, München
- Risse J (2012) Das Mediationsgesetz – Eine Kommentierung. SchiedsVZ 2012:244–254
- Risse J (2018) § 69 Mediation von Erbstreitigkeiten. In: Scherer S (Hrsg) Münchener Anwalts- handbuch Erbrecht, 5. Aufl. C. H. Beck, München
- Saenger I (2021) § 1030 Schiedsfähigkeit. In: Saenger I (Hrsg) Zivilprozessordnung, 9. Aufl. Nomos, Baden-Baden
- Sander FEA, Goldberg SB (1994) Fitting the forum to the fuss: a user-friendly guide to selecting an ADR procedure. Negot J 10:49–68
- Schlitt G (2017) § 1 Der Pflichtteilsanspruch und seine Voraussetzungen. In: Schlitt G, Müller G (Hrsg) Handbuch Pflichtteilsrecht, 2. Aufl. C. H. Beck, München
- Schmitz-Vornmoor A (2018a) Rechtlich unverbindliche Vertragsklauseln als Wegweiser im Konflikt. ZKM 2018:48–52
- Schmitz-Vornmoor A (2018b) Teil 1 Einleitung. In: Klowait J, Gläßer U (Hrsg) Mediationsgesetz, 2. Aufl. Nomos, Baden-Baden
- Töben J (2013) Mediationsklauseln. RNotZ 2013:321–345
- Tochtermann P (2008) Mediationsklauseln – Teil I. ZKM 2008:57–59
- Unberath H (2011) Mediationsklauseln in der Vertragsgestaltung: Prozessuale Wirkungen und Wirksamkeit. NJW 2011:1320–1324
- Voit W (2022) § 1032 Schiedsvereinbarung und Klage vor Gericht. In: Musielak HJ, Voit W (Hrsg) Zivilprozessordnung, 19. Aufl. C. H. Beck, München
- Weidlich D (2022) § 1937 Erbinsetzung durch letztwillige Verfügung. In: Grüneberg C (Hrsg) Bürgerliches Gesetzbuch, 81. Aufl. C. H. Beck, München
- Wendt R (2014) Anmerkung: Pflichtteilsrechte sind Schiedsklauseln nicht zugänglich. ErbR 2014:401–402
- Wolf C und Eslami N (2022a) § 1030 Schiedsfähigkeit. In: BeckOK ZPO. Stand 1. Juli 2022. C. H. Beck, München
- Wolf C und Eslami N (2022b) § 1031 Form der Schiedsvereinbarung. In: BeckOK ZPO. Stand 1. Juli 2022. C. H. Beck, München
- Wolf C und Eslami N (2022c) § 1032 Schiedsvereinbarung und Klage vor Gericht. In: BeckOK ZPO. Stand 1. Juli 2022. C. H. Beck, München
- Wolf C und Eslami N (2022d) § 1066 Entsprechende Anwendung der Vorschriften des Buches 10. In: BeckOK ZPO. Stand 1. Juli 2022. C. H. Beck, München

Open Access Dieses Kapitel wird unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz (<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>) veröffentlicht, welche die Nutzung, Vervielfältigung, Bearbeitung, Verbreitung und Wiedergabe in jeglichem Medium und Format erlaubt, sofern Sie den/die ursprünglichen Autor(en) und die Quelle ordnungsgemäß nennen, einen Link zur Creative Commons Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen vorgenommen wurden.

Die in diesem Kapitel enthaltenen Bilder und sonstiges Drittmaterial unterliegen ebenfalls der genannten Creative Commons Lizenz, sofern sich aus der Abbildungslegende nichts anderes ergibt. Sofern das betreffende Material nicht unter der genannten Creative Commons Lizenz steht und die betreffende Handlung nicht nach gesetzlichen Vorschriften erlaubt ist, ist für die oben aufgeführten Weiterverwendungen des Materials die Einwilligung des jeweiligen Rechteinhabers einzuholen.





Die vorangehenden beiden Kapitel dieses Werkes haben Problemstellungen und Herausforderungen erbrechtlicher Nachfolgeplanungen im Allgemeinen beleuchtet. Wenn es konkret um die **Planung einer Unternehmensnachfolge** geht, stellt sich zusätzlich eine Reihe von speziellen Herausforderungen, denen dieses letzte Kapitel des Buches gewidmet ist. Dabei liegt das besondere Augenmerk der Darstellung auf Aspekten der Verfahrensgestaltung, die durch die fortlaufende Entwicklung eines Beispielsfalls illustriert werden.¹

Für die Gestaltung der Unternehmensnachfolge gibt es **keine allgemeingültigen oder kopierfähigen Modelle**. Jedes Familienunternehmen ist durch individuelle Besonderheiten geprägt, die zu spezifischen Lösungen führen und die sich selten mit Herausforderungen anderer Unternehmen über einen Kamm scheren lassen.² Und doch lassen sich zuweilen **typische Herausforderungen und Konfliktlagen** erkennen,³ auf deren Grundlage man Denkansätze für das prozessuale Vorgehen entwickeln kann. Fixpunkt der hier vorgestellten Methode ist dabei weiterhin die Orientierung an den Interessen der einzelnen Stakeholder. Der bisher dargestellte, allgemein erbrechtliche Beratungsansatz wird insofern für die Unternehmensnachfolgeplanung fortgeschrieben und exemplifiziert.

¹ Grundlegend zur Nachfolge in Familienunternehmen auch jenseits der erbrechtlichen Perspektive siehe die Handbücher von Hannes (2017); Lorz und Kirchdörfer (2011); Riedel (2021); Scherer (2020); Spiegelberger (2022); Wiese (2020).

² Lorz und Kirchdörfer (2011), Rn. 6.

³ Breyer (2016), S. 31.

7.1 Beispielfall

Beispiel

Unternehmer Ugur (65) hat in den letzten dreißig Jahren ein Zulieferunternehmen, die S-Chemie, in einer Nische innerhalb der Branche Spezialchemie aufgebaut. Mittlerweile ist das Unternehmen als GmbH organisiert, deren Alleingesellschafter-Geschäftsführer Ugur ist.

Seine drei gemeinsamen Kinder mit seiner Ehefrau Freya (58) sind derzeit im Unternehmen tätig. Tochter Anna (40), promovierte Chemikerin mit in den USA erworbenem MBA, ist in der Geschäftsleitung tätig, wobei ihr Prokura erteilt ist. Sohn Brian (38), Absolvent der Bildenden Künste in Berlin, arbeitet im Marketing des Unternehmens und Tochter Charlotte (25), während einer schon länger andauernden Unterbrechung ihres Studiums der Kommunikationswissenschaften, als Springerin. Anna bezieht ein Jahresgehalt von EUR 100.000, Brian von EUR 75.000 und Charlotte einen Stundenlohn von EUR 40.

Bei einem Grillabend im Haus von Ugur lenkt Brian das Gespräch auf seine Stellung im Unternehmen. Er bringt zum wiederholten Male zum Ausdruck, dass man ihm, wie seiner Schwester, endlich auch Prokura erteilen sollte. Außerdem habe er endlich auch Anspruch auf das gleiche Gehalt wie Anna. Schließlich seien sie Geschwister und beide arbeiteten nach seiner Ansicht gleich viel und gleich hart. Ohnehin verdienten beide für ihren Einsatz viel zu wenig.

Ugur ist von dem Ansinnen völlig überrascht, da er findet, die Kinder würden mehr als fair und „wie jeder Andere“ vergütet. Für die Erteilung einer Prokura sieht er keine Veranlassung. Titel werden im Unternehmen generell nach Notwendigkeit, nicht als Statussymbol vergeben und Brian vertritt das Unternehmen rechtlich selten nach außen.

Brian reagiert unwillig und wirft Ugur vor, dass Anna schon immer sein Lieblingskind gewesen sei. Der Ansatz eines Drittvergleichs werde wieder nur gegen ihn gewendet. Charlotte bekomme selbstverständlich viel mehr pro Stunde als jeder andere Springer.

Ugur beendet das Gespräch verärgert damit, dass das Unternehmen immer noch ihm gehöre. Den weiteren Verlauf des Gespräches kann man sich ohne viel Phantasie vorstellen. Jedenfalls ist der Abend gelaufen und Ergebnisse sind nicht in Sicht. Beide Seiten sind ungehalten, dass ein Familienabend wieder einmal im Streit endet. Insbesondere Ugur hatte sich den Verlauf des Abends und den Inhalt der Unterhaltung ganz anders vorgestellt.

Betrachtet man die skizzierte Unterhaltung im Hinblick auf die darin verwobenen Sphären von Familie und Unternehmen, verwundert der Gesprächsverlauf nur wenig. Den örtlichen und zeitlichen Rahmen des Treffens bildet zunächst die Familie,

so dass zu Beginn Ugur und Brian ihren „**Familienhut**“ tragen. Das Ansinnen nach Gehaltserhöhung und Statusänderung von Brian betrifft auf den ersten Blick das Unternehmen. Argumentativ beruft sich Brian jedoch auf die Gerechtigkeitslogik der familiären Gleichbehandlung und nicht auf die Logik der unternehmerischen Leistungsgerechtigkeit. Damit ist sein Hut bereits zweideutig gefärbt.

Die Zurückweisung seines Ansinnens ist für Brian deshalb so schmerzhaft, weil dies nicht nur seine unternehmerische Wertschöpfung, sondern aufgrund der von ihm gewählten Logik und im Hinblick auf die Gesprächssituation auch die familiäre Wertschätzung betrifft. Die Ablehnung seiner Wünsche birgt insofern die Gefahr, als persönliche Zurückweisung beziehungsweise Ausgrenzung aus der engen Zusammenarbeit von Vater und Tochter sowie überdies als familiäre Ungerechtigkeit wahrgenommen zu werden. Da **Zugehörigkeit und Gerechtigkeit** zu den menschlichen Grundbedürfnissen gehören, fällt die Reaktion auf Verletzungen hier meist ungewöhnlich intensiv aus, selbst wenn die Entscheidung im Hinblick auf den Unternehmenskontext schlüssig ist und dies selbst Brian der Sache nach zugestehen könnte.

Das Schwierige an einer solchen Gerechtigkeitsfrage ist der Umstand, dass es sich um unterschiedliche, kontextgeprägte Fairnessvorstellungen mehrerer Personen handelt, die jeweils auf einem individuellen Wertesystem beruhen. Diese abstrakte Erkenntnis ist allerdings für die Betroffenen selten fassbar, und das legt den Grundstein für eine Vermischung von Beziehungs- und Sachebene. Zugleich setzt hier häufig eine Art Konfliktspirale ein, die den Konflikt ohne bewusstes Zutun der Beteiligten immer weiter eskaliert.

Für den dargestellten Fall bedeutet das konkret: Das Vorgehen von Brian löst bei Ugur ein Dilemma aus, das er allein durch Entscheidungen nicht auflösen kann, weil er dafür **mehreren konkurrierenden Imperativen**⁴ gleichzeitig gehorchen müsste. Er müsste zunächst gerecht im Sinne der Familie entscheiden: Das würde im Sinne der gleichbehandlungsgeprägten familiären Gerechtigkeitslogik bedeuten, dass er dem Ansinnen von Brian stattgeben müsste, ohne den höheren unternehmerischen Mehrwert der Leistung von Anna zu honorieren. Zugleich müsste Ugur aber auch gerecht im Sinne des Unternehmens entscheiden: Hier ist die Leistungsgerechtigkeit das maßgebliche Kriterium, und sie verbietet die von Brian beanspruchte Gehaltserhöhung und Statusveränderung. Schließlich müsste Ugur auch gerecht im Sinne der Gesellschafter entscheiden: Auch hier käme eine nicht unternehmerisch begründete Erhöhung der Vergütung für einen Mitarbeiter aufgrund familiärer Bindung nicht in Betracht, weil dies der formal-juristischen Gleichbehandlung und der Verfahrensgerechtigkeit widerspräche.

Da Ugur die einzelnen Imperative auf **inhaltlicher Ebene** nicht erfüllen kann, scheint die Situation verfahren und keiner Lösung zugänglich. Während bei gefühlter Ungerechtigkeit von Leistung und Gegenleistung im unternehmerischen Kontext die Trennung oftmals einen gangbaren Weg darstellt, ist dieser Weg im Fall von Brian ebenfalls nicht erfolversprechend. Zum einen liegt die Ursache gar nicht in

⁴Vgl. von Schlippe (2014), S. 48.

der unternehmerischen Logik der Leistungsgerechtigkeit, sondern in der familiären Logik der Gleichbehandlung. Zum anderen ist eine vollständige Trennung bei Familienunternehmen, und damit bezogen auf mehrere Kreise, ohnehin kaum möglich.

An die Stelle der inhaltlichen Konfliktauflösung können daher nur **prozedurale Ansätze** treten. Wollen die Akteure den Konflikt auflösen, bleibt damit keine andere Wahl, als sich dem Konflikt zu stellen und Prozesse der Bearbeitung zu finden. Mit den Worten von William Ury: „Although every protective instinct urged us to go around the pain, the key lesson we learned is that the way forward is the way through.“⁵

Beispiel

Nach dem Grillabend hatte Freya die ständigen misslungenen Familientreffen und die folgende schlechte Laune ihres Ehemannes satt. Auf ihre Anregung hin nahm Ugur Kontakt mit Rechtsanwältin und Mediatorin Mireille auf, die bereits mehrfach erfolgreich für das Unternehmen tätig gewesen war. Ugur klagte Mireille sein Leid und fragte, ob sie vermittelnd unterstützen könne. Ugur sei hoffnungsvoll, da Mireille auch von seinen Kindern sehr geschätzt werde.

Mireille sagte gerne für ein informelles Treffen zu. Dabei sollte ausdrücklich offen bleiben, welche Rolle sie letztlich einnehmen würde, dies wäre ggf. gemeinsam zu entscheiden.

Ugur informierte Anna, Brian und Charlotte, dass er die Themen des Grillabends gerne gemeinsam mit Mireille nachbesprechen wolle. In dem anberaumten Gespräch in den Besprechungsräumen der S-Chemie wurde über den konkreten Vorfall „Grillabend“ gesprochen. Mireille nutzte die Möglichkeit dieses ersten Gesprächs zunächst nur, um Bewusstsein für die verschiedenen Ebenen des Konflikts zu schaffen und den Grillabend unter diesem Blickwinkel zu betrachten. Damit gelang es ihr, die konkurrierenden Gerechtigkeitslogiken offenzulegen und somit eine erste Annäherung der Familienmitglieder zu erreichen.

Damit war immerhin schon einmal die destruktive Dynamik der bisherigen Gespräche gebrochen und der Weg zu einer konstruktiven Auseinandersetzung eröffnet. Eine praktisch umsetzbare Lösung war damit jedoch freilich noch nicht in Sicht. Dies war in diesem Stadium aber auch entbehrlich. Ugur lud für die nächste Woche Anna, Brian und Charlotte zu einem gemeinsamen Abendessen ein: Es gebe einiges zu besprechen.

⁵ William Ury, zitiert nach <https://www.newgotiate.com/kompetenzfelder/mediation-bei-unternehmensnachfolge-und-im-erbfall/>.

Viele Widrigkeiten und der Umstand, dass es letztendlich allzu leicht fällt, Nachfolgefragen zu verdrängen oder wegen ständig wechselnder **dringender Tagesgeschäfte** zu verschieben, sprechen gegen eine intensive Beschäftigung mit der eigenen (Unternehmens-)Nachfolgeplanung. In "Tuesdays with Morrie" schreibt Mitch Albom treffend: "The culture doesn't encourage you to think about such things until you are about to die. We are so wrapped up with egotistical things, career, families, having enough money, meeting the mortgage, getting a new car, fixing the radiator when it breaks – we're involved in trillions of little acts just to keep going. So we don't get into the habit of standing back and looking at our lives and saying, Is this all I want? Is something missing? He paused. You need someone to probe you in that direction. It won't just happen automatically."⁶

Im Falle des Unternehmers Ugur waren zwei Umstände die **treibenden Kräfte** für eine Auseinandersetzung mit der eigenen (Unternehmens-)Nachfolge. Zum einen war ein gutes Jahr vor dem Grillabend ein guter Bekannter aus dem lokalen Unternehmernetzwerk unerwartet in jungen Jahren verstorben, ohne zuvor seinen letzten Willen verfasst zu haben. Ugur hatte seither miterlebt, welchen Umfang und Intensität die Erbstreitigkeiten annahmen. Auch war erkennbar, welchen negativen Einfluss dies wiederum auf das Unternehmen und die Familie des Verstorbenen hatte. Zum anderen stand bei Ugur selbst ein medizinischer Eingriff unter Vollnarkose an. Dabei handelte es sich zwar um einen Routineeingriff, dennoch brachte dies Ugur in Erinnerung, dass er bisher keinerlei **Vorsorge** für einen längerfristigen Ausfall oder sogar seinen Tod getroffen hatte. Der sprichwörtliche „Rote Ordner“ war nicht vorhanden. Die Auseinandersetzung mit Brian war dann der letzte Anstoß, nunmehr aktiv zu werden.

7.2 Vorbereitung einer strukturierten Nachfolgeplanung

Wie sollte man eine Situation wie diejenige von Ugur idealerweise angehen? Wenn man die Nachfolgeplanung – wie in unserem Beispiel Mireille – als professionelle Unterstützerin systematisch angehen möchte, aber auch dann, wenn einem eine der Beteiligtenrollen zufällt, empfiehlt es sich, einige Vorüberlegungen anzustellen, die in kritischen Situationen dabei helfen, angemessen auf Herausforderungen zu reagieren.

7.2.1 Wegbereiter erbrechtlicher Gestaltungsmedationen

Mit fortschreitender Etablierung mediativer Ansätze auch in Familienunternehmen dürfte die Zahl der Unternehmensnachfolgen steigen, die mediationsähnliche Verfahren einsetzen, um die Nachfolgeplanung zu strukturieren. Im Idealfall drängen

⁶Albom (2002), S. 65.

die Beteiligten **intrinsisch** ihre Berater von Anfang an darauf, den Zug der gemeinsamen Nachfolgeplanung auf das Gleis der kooperativen Zusammenarbeit mit mediativen Ansätzen zu setzen.

Derzeit bedarf es jedoch meist noch **extrinsischer Impulse**. Der Weg hin zu einer Unternehmensnachfolgeplanung mit mediativen Ansätzen oder einer erbrechtlichen Gestaltungsmediation braucht einen Anstoß von außen. Die Unternehmer und ihre potenziellen Nachfolger erkennen zwar die Notwendigkeit der Planung und wünschen sich eine konfliktfreie Abwicklung des Nachfolgethemas, sind sich aber über den Weg dorthin mangels theoretischer und praktischer Kenntnisse im Unklaren. Nicht selten gehen sie der Thematik einfach aus dem Weg. Es braucht daher jemanden, der den Beteiligten einen Impuls in die richtige Richtung gibt. Auch wenn im Fall des Unternehmers Ugur eine Person aus dem familiären Umfeld in die Initiative ging, ist dies doch bisher noch die Ausnahme.

Den notwendigen Anstoß können vor allem solche Personen geben, die detaillierte Kenntnisse über das Unternehmen und die Unternehmerfamilie haben. Hierzu zählen neben den Haus- und Hofanwälten auch Steuerberater, Vermögensverwalter und Finanzberater, aber beispielsweise auch Notare. Es liegt an diesen Autoritätspersonen, einen Impuls zur Änderung der Konfliktkultur zu setzen und dadurch die Unternehmensnachfolge zu einer **Erfolgsgeschichte** werden zu lassen. Eine flankierende Rolle kann im Einzelfall auch **Berufsorganisationen** und sonstigen (**Wirtschafts-**) **Verbänden** zufallen. Diese sollten den Nutzen mediativer Ansätze für eine erfolgreiche Nachfolgeplanung weitaus stärker in den Vordergrund stellen.⁷

7.2.2 Auswahl eines geeigneten Gestaltungsmediators

Die Begleitung einer Unternehmensnachfolgeplanung mit all ihren Facetten führt zu intensivem Kontakt mit einer **Vielzahl von komplexen Fachthemen** rechtlicher, steuerrechtlicher, betriebswirtschaftlicher und vermögensverwaltender Art. Ein Mediator wird selbstredend nicht der „bessere Experte“ auf allen diesen Gebieten sein können; er muss dies aber auch nicht, weil seine Aufgabe nicht in der fachlichen Beratung, sondern in der Gestaltung und Führung des Verfahrens liegt.

Die Frage, ob ein Mediator fachfremd sein oder idealerweise doch selbst über umfangreiches Fachwissen verfügen sollte, ist damit jedoch nicht beantwortet. Die Erfahrung lehrt, dass Gestaltungsmediationen im Bereich der Unternehmensnachfolge eine Reihe von sehr schwierigen Themen umfassen. Auch wenn eine Mediatorin nicht in jedem Thema selbst Expertin sein kann, ist eine gewisse **Feldkompetenz** nach Überzeugung der Autoren unabdingbar. Denn ein Vermittler, der den Konflikt und dessen Zusammenhänge nicht versteht, wird den Beteiligten wenig behilflich sein können. Schon in der Ausgangssituation sind etwa gesellschafts-

⁷Fischer (2017), S. 62.

rechtliche und unternehmerische Grundkenntnisse sehr nützlich, um den Status quo des Unternehmens korrekt zu erfassen. Auch ein gewisses Grundverständnis im Bereich des Schenkungs- und Erbschaftssteuerrechts hat sich häufig als hilfreich erwiesen. Eine hier einigermaßen orientierte Mediatorin wird in vielen Fällen bessere Fragen stellen und damit einen positiven Beitrag zur **Erweiterung des Lösungsraumes** geben können.⁸ Zugleich gilt auch: Wichtiger als profunde eigene Kenntnisse ist die Kenntnis der eigenen Grenzen.

Neben die Feldkompetenz der Mediatorin sollte eine ausgeprägte **Methoden- und Prozesskompetenz** treten. Dabei kommt es neben fundierten theoretischen Grundlagen vor allem auch darauf an, dass sie über das notwendige psychologische Verständnis und über umfangreiche *soft skills* verfügt. Letztlich werden sich die Beteiligten nur dann in dem erforderlichen Maße auf das Verfahren einlassen, wenn sie Vertrauen in die Integrität und die Kompetenzen des neutralen Dritten haben. Dies gilt für Nachfolgefragen in ganz besonderer Weise, weil das Verfahren den Beteiligten hier Offenheit im Hinblick auf Familie und Unternehmen gleichzeitig abverlangt.

Beispiel

In der Woche nach dem ersten Gespräch mit Mireille traf sich Ugur mit seinen Kindern. Er hatte einen Nebenraum in dem Lieblingslokal der Familie für besondere Anlässe reserviert, um dem Gespräch einen feierlichen Rahmen zu verleihen und gleichzeitig in Ruhe sprechen zu können.

Ugur wollte auch Freya einbinden, die sich dem Thema Unternehmens- und Vermögensnachfolge jedoch vollständig verschloss. Sie fühle sich noch zu jung, um sich damit zu beschäftigen. Die Regelungen hinsichtlich der S-GmbH solle Ugur ruhig allein mit den Kindern treffen.

Bei einem Glas Champagner ergriff Ugur das Wort. Überraschend für alle Beteiligten erklärte er, dass Fragen nach Gehältern und Status für ihn nicht mehr so wichtig wären. Er denke nämlich über seinen „geordneten Rückzug“ aus der S-Chemie nach. Es gehe nicht um einen unmittelbaren Ausstieg, sondern um die Einleitung eines Prozesses. Dabei war für alle Anwesenden deutlich erkennbar, wie schwer ihm diese Worte fielen.

Grund für die Entscheidung, so Ugur, seien zum einen sein fortschreitendes Alter und zum anderen anstehende strategische Fragen. Der Markt verändere sich massiv und die Anpassung daran wolle er nicht alleine vornehmen. Die Folgen würden schließlich vor allem seine Nachfolger treffen.

⁸Fischer, Mediation in der Unternehmensnachfolge, 2017, 44.

Der Abend solle, so Ugur, ein Startschuss zu einem gemeinsamen Prozess der Nachfolgeplanung werden. Da die Besprechung mit Mireille ihm eine Chance für einen neuen Umgang miteinander und mit Konflikten aufgezeigt habe, würde er Mireille gerne weiterhin einbeziehen. Dies setze natürlich voraus, dass alle Beteiligten einverstanden wären, was alle ohne jedes Zögern sofort bejahten.

Dabei beließ man es für diesen Abend, der harmonisch verlief, und Ugur kündigte an, in Kürze die Initiative zur Einleitung der ersten Schritte zu übernehmen.

Ugur hatte im Vorfeld bereits ein längeres Gespräch mit Mireille geführt. Beide waren übereingekommen, dass formaler Startschuss ein gemeinsames verlängertes Wochenende mit Anna, Brian und Charlotte in einem führenden Hotel in den Alpen sein sollte, das auch Tagungsräume zur Verfügung stellt. Ugur hatte ausdrücklich gewünscht, dass Mireille, und nicht eine von ihr vorgeschlagene andere Mediatorin, den Prozess begleitet. Externe Rechtsanwälte wollte Ugur in diesem Stadium keinesfalls hinzuziehen. Mireilles Argumente gegen die drohende Rollenvermischung wog Ugur zwar ab; diese änderten seine Meinung aber nicht.

Wenige Tage später bedankte sich Ugur per handgeschriebenen Briefen bei Anna, Brian und Charlotte für ihre Bereitschaft zu diesem gemeinsamen Weg und lud sie gleichzeitig zu dem geplanten Wochenende ein. Der Termin sollte in knapp zwei Monaten stattfinden. Bis dahin bat er alle drei, sich Gedanken über die jeweilige künftige Rolle im oder das Verhältnis zum Unternehmen zu machen. Er selbst wolle dies auch tun. Gleichzeitig sollten alle Teilnehmer für sich die Erwartungshaltung hinsichtlich des Prozesses und der relevanten Themenkreise formulieren.

Ugur schloss damit, dass es ihm emotional sehr schwerfalle, sich von seinem beruflichen Lebenswerk zu trennen. Gleichzeitig hoffe er, der S-Chemie und seinen Mitarbeitern den Weg in die Zukunft ebnen zu können, damit das Unternehmen auch seinen Nachfolgern ein erfülltes Berufsleben und weiteren wirtschaftlichen Wohlstand ermöglicht.

7.3 Das Planungsverfahren

7.3.1 Phase 1: Beginn des strukturierten Verfahrens

Weil es sich bei einer mediationsanalogen Nachfolgeplanung nicht um einen Standardfall der Mediation handelt, ist es zu Beginn der Gespräche besonders wichtig, die Rolle des neutralen Dritten und den Gegenstand des Verfahrens klar zu bestimmen.

7.3.1.1 Rolle des neutralen Dritten

Um die notwendige Neutralität zu wahren, enthalten sich Mediatoren in aller Regel jeglicher inhaltlicher Bewertung der Gesprächsmaterie. Speziell bei der Nachfolgeplanung in kleinen und mittleren inhabergeführten Unternehmen liegt darin allerdings eine Herausforderung, denn häufig ist die zur Mediatorin erkorene Person zuvor bereits anwaltlich für das Familienunternehmen tätig gewesen. Hier ist regelmäßig die Bereitschaft der Beteiligten gering, mehrere Experten gleichzeitig in die Gespräche zu involvieren. Das gilt insbesondere dort, wo die Gesprächssituation wenig konflikthaft scheint, weil die Verantwortlichen die Nachfolgeplanung erfreulich früh angestoßen haben.

In diesen Fällen ist eine Vermittlertätigkeit der bisher beratenden Anwältin nicht von vornherein ausgeschlossen. Schwierig wird es allerdings spätestens dann, wenn **Interessenkollisionen** ins Spiel kommen und die Beteiligten nicht mehr einmütig die Zukunft des Unternehmens planen, sondern es trotz formaler Kooperation letztlich eigennützig auf möglichst große wirtschaftliche Vorteile für sich selbst abgesehen haben. Wer als Anwältin in die Vermittlerrolle schlüpft, muss hier sehr wachsam sein und einen der beiden Hüte ablegen, sobald sich ein Verteilungskonflikt andeutet. Häufig wird sich die Anwältin in solchen Situationen als Beraterin der weichenenden Unternehmensinhaberin verstehen; dann sollte sie dies auch den anderen Beteiligten entsprechend kommunizieren, um Haftungsgefahren aus dem Weg zu gehen und dem weiteren Prozess nicht durch Intransparenz zu schaden. Will sie aus dieser Rolle heraus weiter zwischen den Beteiligten vermitteln, geht dies nach § 3 Abs. 1 S. 2 MediationsG nur mit der Zustimmung aller Gesprächsteilnehmer.

7.3.1.2 Umfang der Gesprächsmaterie

Während bei klassischen Konfliktlösungs- oder Gestaltungsmediationen die Gesprächs- und Verhandlungsmaterie von Anfang an regelmäßig klar ist, ergeben sich bei Familienunternehmen regelmäßig vielfältige denkbare Verhandlungsstränge. Hier ist es besonders wichtig, die Gesprächsthemen von Beginn an klar einzugrenzen,⁹ sie in ihren möglichen Konsequenzen einigermaßen zu antizipieren und von dort aus den Teilnehmerkreis für die Planungsgespräche sinnvoll zu bestimmen. Sofern für die Gestaltung der Unternehmensnachfolge kein konkreter Konflikt vorliegt, der allen Beteiligten bereits als isoliertes Thema bekannt ist, sind zunächst die **Erwartungen** der Parteien gemeinsam zu klären.

Die initiale Themensetzung ist dabei alles andere als abschließend. Regelmäßig entwickeln sich aus einem ursprünglichen Konfliktkern später weitere Konfliktkreise heraus, die die Beteiligten mitbearbeiten möchten. Dabei kann sich durchaus herausstellen, dass der anstoßgebende Konflikt letztlich nur Anlass, nicht aber Ursache

⁹Halter und Schröder (2017), S. 205 ff.

für die Streitigkeiten war. Gerade in dieser **Loslösung von einem juristischen Streitgegenstand** liegt eine der Stärken der Mediation.

Beispiel

Im Fall der Nachfolge nach Ugur wurde zu Beginn des gemeinsamen Planungswochenendes erkennbar, dass sich alle Beteiligten sehr ernsthaft auf die Gespräche vorbereitet hatten. Auch waren alle sichtbar gewillt, sich mit viel Engagement und Energie auf das Unterfangen einzulassen. Das Wochenende begann daher mit einem bemerkenswerten Teamspirit.

Schnell stimmten die Familienangehörigen überein, dass der Prozess möglichst alle Themenbereiche der Unternehmens- und Unternehmensnachfolge umfassen, also Familie, Unternehmen und Gesellschafter einbeziehen sollte. Wichtig war den Beteiligten dabei, nicht etwa verbindliche oder gar kurzfristige Regelungen zu treffen, sondern gemeinsam einen Weg in die Zukunft zu gestalten und dabei einige Rahmenbedingungen festzulegen.

In Kenntnis des bisherigen Verhältnisses von Mireille zur S-GmbH erklärten alle vier, dass Mireille die Gespräche als neutrale Vermittlerin moderieren sollte. Hinsichtlich des Mediationsstils wurde vereinbart, dass Mireille nur dann eigene Bewertungen ins Spiel bringen dürfe, wenn alle Beteiligten dies zu einzelnen Punkten explizit wünschten. Zu solchen punktuellen Bewertungen erklärte sich Mireille dem Grunde nach bereit, da man dies in ähnlichen Settings ohnehin regelmäßig von ihr erwarte.

7.3.2 Phase 2: Bestandsaufnahme

Der ersten eher noch allgemeinen und organisatorischen Phase schließt sich sodann die konkrete Bestandsaufnahme an. Die Beteiligten erörtern in einigem Detail die Verhandlungsthemen sowie die Sach- und Rechtslage. Dabei erhält jeder die Chance, seine individuelle Sichtweise umfassend darzulegen.¹⁰

7.3.2.1 Strukturierte Erfassung der Gesprächsthemen

Die Phase der Bestandsaufnahme ist im Fall einer umfassenden Unternehmensnachfolgegestaltung ein sehr **umfangreiches Unterfangen**, das sich durchaus über mehrere Tage hinziehen kann. Dies kann die Beteiligten dazu verleiten, diesen

¹⁰Fries et al. (2018), S. 55.

Schritt zunächst nur unvollständig vorzunehmen, mit den so gewonnenen Erkenntnissen zu arbeiten und die Bestandsaufnahme später um weitere Punkte zu ergänzen. Das erscheint verlockend, weil sich so der oftmals konfliktrichtigste und mit den meisten negativen Emotionen besetzte Abschnitt des Wegs abkürzen lässt und die Beteiligten schneller konstruktiv an ersten Interessen und Lösungsansätzen arbeiten können.

Diese Abkürzung ist jedoch trügerisch und insgesamt **nicht zu empfehlen**, weil sie schnelle Erfolgserlebnisse durch außerordentlich große zukünftige Schwierigkeiten erkaufte. Dies liegt zum einen an den vielen Querverbindungen zwischen den einzelnen Sachbereichen Familie, Unternehmen und Gesellschafter. Die Komplexität des Gesamtsystems Familienunternehmen lässt sich nur ermessen, wenn zuvor der Status quo in Bezug auf sämtliche Teilbereiche erfasst wurde. Zum anderen geht es zwar atmosphärisch mit Beginn der Interessenermittlung zumeist stetig bergauf; mit jedem Rückfall in die Bestandsaufnahme wird diese positive Dynamik aber gebrochen, und das Vertrauen in einen guten Ausgang des Verfahrens verkraftet erfahrungsgemäß nicht viele solcher Rückschläge. Auch im Falle der umfassenden Unternehmensnachfolgeplanung ist daher sehr zu empfehlen, die Phase der Bestandsaufnahme umfassend zu bearbeiten und damit die schulmäßige, **sequenzielle** Verfahrensführung beizubehalten.

Von den Umständen des Einzelfalles hängt es dann ab, in welcher **Systematik und Reihenfolge** die einzelnen Teilbereiche der Gesprächsmaterie betrachtet werden. Häufig ist eine strikte Trennung der Teilbereiche wegen der existierenden Querverbindungen nicht durchzuhalten. Die Erfahrung lehrt, dass die Beteiligten bei emotionaler Darstellung ihrer Sichtweise der einzelnen Themen die bestehenden Interdependenzen auch in den Vortrag einfließen lassen. Eine Trennung der Teilbereiche ist allerdings auch nicht erforderlich, vielmehr kann deren Vermischung unter Umständen sogar hilfreich sein, weil sie der Mediatorin regelmäßig wichtige Erkenntnisse über Kontextproblematiken aufzeigt.

7.3.2.2 Erb- und vermögensrechtliche Ausgangssituation

Den Auftakt der inhaltlichen Erörterung bildet regelmäßig eine **erbrechtliche Bestandsaufnahme** aus Sicht der Beteiligten. Besondere Aufmerksamkeit verdienen in diesem Zusammenhang bereits vorhandene letztwilligen Verfügungen, familienrechtliche Besonderheiten sowie das Zusammenspiel von Erbrecht und Gesellschaftsrecht. Häufig enthalten **Gesellschaftsverträge** bestimmte Regelungen zur Nachfolge, die den Ausgang der Gespräche in der einen oder anderen Weise binden.¹¹

¹¹ Statt vieler nur Klein und Lindemeier (2019), §§ 41 und 42; Crezelius (2009), § 3; Heinrich (2021), § 35.

Beispiel

Ugur und Freya sind seit mehr als vierzig Jahren verheiratet. Neben den drei gemeinsamen Kindern hat keiner der beiden weitere Kinder. Zu Beginn der Ehe verfügten weder Ugur noch Freya über nennenswertes Vermögen. Größere familiäre Vermögenszuflüsse sind weder auf Seiten Ugurs noch auf Seiten Freyas für die Zukunft zu erwarten. Im Zeitpunkt der Eheschließung machten sich beide keine Gedanken über den Güterstand. Auch später wurde der gesetzliche Güterstand nie modifiziert.

Letztwillige Verfügungen wurden bislang nicht errichtet. Nach der gesetzlichen Erbfolge würden damit Freya, Anna, Brian und Charlotte eine Erbengemeinschaft bilden.¹² Der Erbteil von Freya wäre dabei eine Hälfte,¹³ derjenige der Kinder jeweils ein Sechstel.¹⁴

Die wesentlichen Vermögenswerte stellen zum einen die S-GmbH dar, deren Alleingesellschafter Ugur ist. Die S-GmbH erwirtschaftet ein EBIT von etwa EUR 800.000 pro Jahr.¹⁵ Daneben tritt ein an die S-GmbH verpachtetes Grundstück. Das Grundstück war vor vielen Jahren im Zuge der Umwandlung von dem damals noch einzelkaufmännischen Unternehmen in die jetzige GmbH an Freya übertragen worden. Grund für die Übertragung in das Alleineigentum von Freya war damals die Vermögenssicherung, sollte die S-GmbH insolvent werden und es zu einem Haftungsdurchgriff auf das Vermögen des Ugur kommen. Das unbelastete Wohnhaus des Ehepaares steht im hälftigen Miteigentum von Freya und Ugur.¹⁶ Damit ist das Vermögen im Vergleich zu anderen Fällen noch sehr einfach strukturiert.

Das an die S-GmbH verpachtete Grundstück hat einen Wert von etwa EUR 1.000.000 und jeder Miteigentumsanteil am Wohnhaus von etwa EUR 800.000.

Größere anrechenbare Schenkungen an die Kinder gab es bisher nicht; schenkungs- und erbschaftssteuerliche Freibeträge stehen daher unverbraucht zur Verfügung.

¹² § 2032 Abs. 1 BGB.

¹³ §§ 1931 Abs. 1 und Abs. 3 i. V. m. 1371 Abs. 1 BGB.

¹⁴ § 1924 Abs. 1 i. V. m. Abs. 4 BGB.

¹⁵ In diesem Zusammenhang soll nicht darauf eingegangen werden, ob das EBIT, um aussagekräftig zu sein, zu bereinigen wäre, etwa im Hinblick auf einen Drittvergleich der Unternehmerlöhne bzw. der Angehörigenlöhne oder die Konditionen der Grundstücksverpachtung.

¹⁶ Auf familienrechtliche Absicherungen dieser Vermögensübertragungen zum Schutz von Ugur soll an dieser Stelle nicht eingegangen werden.

Die notwendige Offenheit vorausgesetzt ist die *erbrechtliche* Bestandsaufnahme meist wenig konfliktrichtig und mit überschaubarem Zeitaufwand abschließbar. Auch aus diesem Blickwinkel bietet es sich an, damit zu beginnen. Die Beteiligten finden in einen gemeinsamen „**Arbeitsmodus**“, der zudem mit einem schnellen ersten Erfolgserlebnis endet. Ein solcher „erfolgreicher“ Beginn kann als Katalysator für konstruktives weiteres Zusammenarbeiten wirken und gerade bei anfänglich skeptischen Teilnehmern ohne Mediationserfahrung einen positiven Impuls setzen.

7.3.2.3 Themenkreis Unternehmensführung

Die Erfassung des Sachverhaltes und der Beteiligtenpositionen die Unternehmensführung betreffend stellt sich häufig bereits als weitaus konfliktrichtiger dar. Auch wenn im Fokus der Mediation die Gestaltung der Zukunft steht, wird in diesem Stadium regelmäßig auch die **familiäre Vorgeschichte** relevant. Es stellt sich dabei oft heraus, dass erst eine umfassende Aufarbeitung der Vergangenheit den nächsten Schritt in die Zukunft ermöglicht.¹⁷ Es geht dabei nicht darum, dass einer der Beteiligten Recht bekommt, sondern vielmehr darum, dass sich jede Seite mit ihrer subjektiven Version der Vergangenheit, vielleicht zum ersten Mal, wirklich gehört fühlt.

Naturgemäß kann dies zu einem sehr **emotionalen Austausch** führen, den die Mediatorin um seiner Funktion willen auch zulassen sollte. Für den Prozess reicht es dabei oftmals aus, das Bestehen unterschiedlicher subjektiver Realitäten anzuerkennen und alle Fassungen als jeweils eine Sichtweise stehen zu lassen. Gefährlich wäre es demgegenüber, die den Beteiligten bekannten „**Minenfelder**“ unter dem Teppich zu belassen. Die Erfahrung zeigt wieder und wieder, dass solche übergangenen Problembereiche im späteren Verlaufe des Prozesses ohnehin irgendwann sichtbar werden. Der verspätete Ausbruch eines Vulkans kann den gesamten Prozess nachhaltig stören oder sogar insgesamt gefährden.

7.3.2.3.1 Generationenübergreifende Führungsnachfolge

Inhaltlich steht zunächst die Frage der aktuellen Unternehmensführung und der Führungskultur im Zentrum des Gesprächs. Anschließend geht es um bereits getroffene Dispositionen im Hinblick auf die Struktur der Führungsnachfolge. Auch wenn es in dieser Phase zunächst noch nicht um Vorschläge für die zukünftige Gestaltung der Nachfolge geht, wird an dieser Stelle häufig schon eine Präferenz einiger Gesprächsteilnehmer für eine familieninterne Nachfolge erkennbar. Das kann sich zum Beispiel in einer Verengung der vorgetragenen Positionen auf einen oder mehrere familieninterne Nachfolger in der Führungsverantwortung äußern. Durch gezielte Nachfragen kann die Mediatorin an dieser Stelle die Möglichkeit einer

¹⁷Halter und Schröder (2017), S. 84.

Fremdgeschäftsführung zur Sprache bringen und damit das Feld möglicher Lösungen für den weiteren Verlauf der Gespräche offen halten.

Die Frage der Übertragung von Führungsverantwortung betrifft dabei nicht nur die Auswahl der Nachfolger, sondern natürlich auch die weiteren **Rahmenbedingungen**. Hierzu zählt beispielsweise die womöglich erforderliche Vorbereitung einer Nachfolgerin, der Umbau der Führungsstruktur des Unternehmens, der zeitliche Horizont, die Gestaltung der Übergangsphase sowie die Kommunikation nach innen oder außen. In diesem Sinne wird ggf. zu erfragen sein, wie sich der jeweilige individuelle Gesamtplan zusammensetzt. Es sei aber erneut betont, dass es hier nur um bereits bestehende Pläne der Beteiligten geht, denn das gemeinsame kreative Nachdenken über Nachfolgeoptionen hat eigentlich erst in der vierten Phase der Gespräche seinen Platz.

7.3.2.3.2 Generationeninterne Führungsfragen

Mit der vertikalen Übertragung der Führungsverantwortung von einer Generation auf die nächste gehen häufig weitere horizontale Herausforderungen innerhalb des **künftigen Führungsteams** einher. Betrachtet man die drei klassischen Ausgestaltungen von Familienunternehmen – das patriarchalische Einmann-Unternehmen, das Geschwisterunternehmen und das Cousinen-Konsortium alias Familiendynastie¹⁸ – wird deutlich, dass mit jedem Wechsel von einer dieser Konstellationen in eine andere massive Änderungen der Führungsstruktur einhergehen müssen. Dennoch kommt es häufig vor, dass die Beteiligten bei der Bestandsaufnahme hierzu wenig bis nichts erwähnen. Das ist für den Fortgang des Verfahrens immerhin nicht unmittelbar hinderlich, weil auch diese Aufgaben eigentlich in der vierten Planungsphase besser aufgehoben sind.

Beispiel

In der Familie von Freya und Ugur hatte Mireille die Gesprächsteilnehmer eingangs darauf hingewiesen, dass die Mediation voraussichtlich einige Höhe und Tiefen durchlaufen werde. Dennoch hielt die gute Stimmung bis zum Ende der erbrechtlichen Bestandsaufnahme. Anna, Brian und Charlotte waren positiv überrascht, wie bereitwillig Ugur auch seine Finanzen offenlegte. Ugur freute sich seinerseits über die aktive Teilnahme und das Interesse seiner Kinder.

¹⁸Halter und Schröder (2017), S. 146.

Anschließend kam es allerdings zu einer ersten konfrontativen Auseinandersetzung, als Ugur seine Vorstellungen für die Verantwortungsübergabe teilte. Nach seinen Vorstellungen sollte Anna in den nächsten Jahren mehr und mehr operative Aufgaben übernehmen und dann auch zur Geschäftsführerin berufen werden. Er selbst wolle aber weiterhin Mit-Geschäftsführer bleiben. Brian sollte erst nach seinem vollständigen Ausscheiden Prokurist werden. Es war klar ersichtlich, dass es nach den Vorstellungen von Ugur letztlich nicht zu einer neuen Führungsstruktur kommen würde, weil er als „graue Eminenz“ weiterhin der zentrale Entscheidungspunkt bleiben wollte; vermutlich auch nach seinem formalen Ausscheiden aus dem Unternehmen.

Dieser Vorschlag traf sowohl bei Anna als auch bei Brian auf wenig Gegenliebe. Anna hatte sich ihrerseits Gedanken gemacht und berichtete nun davon. Sie hatte schon längere Zeit darüber nachgedacht, die S-GmbH zu verlassen und zu einem großen börsennotierten Unternehmen zu wechseln. Man hatte ihr mehrfach interessante Angebote zur Leitung von Tochtergesellschaften oder Einzelbereichen anderer Unternehmen unterbreitet. In der Vorbereitung auf dieses Treffen hat sie diese Option eher skeptisch betrachtet. Da sie nun aber den Eindruck habe, von ihrem Vater immer noch nicht als wichtiges Mitglied der Unternehmensleitung betrachtet zu werden, tendiere sie nun zum Wechsel. Offensichtlich fänden ihre strategischen Fähigkeiten in anderen Häusern deutlich mehr Wertschätzung. Auch sei sie nicht sicher, ob die S-GmbH für die nächsten Jahre erfolgreich aufgestellt sei. Das Thema habe sie mehrfach angesprochen, aber Ugur habe stets harsch und abwertend auf jede noch so kleine Anmerkung dazu reagiert.

Auch Brian zeigte sich mit der aktuellen Situation wie auch mit seinen Aussichten unzufrieden. Er werde keinesfalls „ewig normaler Angestellter“ bleiben und sei enttäuscht, dass man ihm bis heute nicht einmal die Prokura verliehen habe. Zwar sei er fachlich aktuell im Marketing zuhause, sein mehrfach angesprochener Wunsch und Wille, sich in Richtung der Unternehmensführung fortentwickeln zu wollen, habe aber nie Gehör gefunden. Er arbeite gerne mit Anna zusammen, aber nicht dauerhaft „unter ihr“. Ihm sei unklar, wie ohne gleiches Gewicht von Anna und ihm die Zusammenarbeit funktionieren solle. Gleichzeitig sehe er selbst, dass er in seiner aktuellen Funktion in der S-GmbH weit von den Entscheidungen der Schaltzentrale entfernt sei.

Charlotte nahm an dem Gespräch in diesem Stadium wenig teil, obwohl Mireille mehrfach versuchte, sie einzubinden. Im weiteren Verlauf stellte sich dann heraus, dass sie ihr Studium nicht fortsetzen wollte. Als Springerin fühle sie sich gänzlich unterfordert, habe aber in den letzten Monaten die S-GmbH insgesamt als spannende Unternehmung kennengelernt. Insgesamt schien sie zu diesem Zeitpunkt selbst nicht so recht zu wissen, wie es für sie beruflich weitergehen sollte.

Der Fall der Familie von Freya und Ugur zeigt, dass die mediativ begleitete Planung der Unternehmensnachfolge durchaus eine Zeit lang in kooperativem Fahrwasser unterwegs sein kann. Zugleich lässt sich nun erkennen, dass die Gesprächsführung höchste Ansprüche an Autorität und Kommunikationsfähigkeiten der Mediatorin stellt, sobald sich die Beteiligten auf einander widersprechende, vorgeplante Positionen zurückziehen. Das Verfahren wird diese Hindernisse nur geordnet überstehen, wenn die Mediatorin drei Dinge klar vermittelt: Erstens geht es an dieser Stelle noch nicht um Pläne, sondern nur um Vorfälle und Vereinbarungen aus der Vergangenheit; auf dieser Verfahrensregel muss die Mediatorin ruhig, aber auch unerbittlich bestehen. Zweitens darf jede Gesprächsteilnehmerin ausreden, während die anderen ihr zuhören. Und drittens geht es an dieser Stelle nur um individuelle Perspektiven, nicht aber darum, die Wahrheit zu finden oder die beste Unternehmensstrategie zu küren.

7.3.2.4 Themenkreis Ownership

Eine von der Führungsverantwortung sinnvollerweise zu trennende Frage ist diejenige, wem das Familienunternehmen zukünftig gehören sollte, wer also Anteile am Unternehmen halten sollte. Hier geht es zunächst um den Status quo von **Inhaberstruktur und Binnenorganisation** der Gesellschafter. Darüber hinaus stellt sich natürlich auch die Frage, wann und wie die Inhaberschaft übergehen soll. Auch an dieser Stelle zeigt sich häufig die eine gedankliche Vorfestlegung der Beteiligten, die regelmäßig in Richtung familieninterner Übertragungen geht. Damit werden die spezifischen Vor- und Nachteile weiterer Möglichkeiten, wie etwa ein Management-Buyout, Management-Buyin, eine Veräußerung an strategische Investoren oder an Finanzinvestoren, nicht bedacht.

Gerade beim Wechsel von einem Einpersonen-Unternehmen zu einer Struktur mit mehreren Gesellschaftern gehen die Beteiligten oft davon aus, dass die Unternehmensführung auch nach der Übertragung keine formalen Strukturen benötigt. Im Rahmen der Bestandsaufnahme kommt der Themenkreis **Binnenstruktur** dann gar nicht vor. Dieser Ansatz übersieht jedoch die Dynamiken innerhalb mehrköpfiger Eigentümerstrukturen und liefert eine Blaupause für unternehmerischen Misserfolg. Es ist daher empfehlenswert, die Strukturen vor oder im Rahmen der Unternehmensübergabe zum Gegenstand der Nachfolgeplanung zu machen. Im Idealfall werden die entsprechenden Regularien und Vereinbarungen nie wieder gebraucht. Im weniger günstigen Fall können sie zumindest positiven Einfluss auf die Dynamik von Gesellschafterkonflikten nehmen und durch die Kanalisation derselben das Ausufern von Gesellschafterauseinandersetzungen vermeiden. Es bietet sich an, dass die Mediatorin die Vorstellungen des Unternehmers sowie weiterer Beteiligter hierzu durch Fragen herausarbeitet.

Beispiel

In der Familie von Freya und Ugur benötigten sämtliche Beteiligte nach der Darstellung ihrer jeweiligen Sichtweise zur künftigen Unternehmensführung dringend eine längere Pause. Auch nach dieser Unterbrechung herrschte noch eine deutlich angespannte und wenig positive Stimmung. Dies konnte Mireille jedoch mit dem Hinweis einfangen, dass sich das Team mitten im anstrengendsten Teil der Gespräche befand.

Ugur merkte dazu an, dass er sich nicht mehr sicher sei, ob seine ursprüngliche Vorstellung noch richtig sei. Er hatte vorgehabt, zunächst an Anna 11 % und an Brian 9 % der Anteile an der S-GmbH zu übertragen. Mit seinem Ausstieg sollten Anna und Brian dann jeweils weitere 40 % der Anteile erhalten, so dass Anna Mehrheitsgesellschafterin und Brian Minderheitsgesellschafter werden würde, sofern Charlotte dann nicht im Unternehmen tätig wäre. Sollte sich dies ändern, sollten sich Brian und Charlotte den 49 %-Minderheitsanteil teilen. Andernfalls sei Charlotte finanziell gerecht abzufinden, ohne dabei die S-GmbH wie oder Anna und Brian über Gebühr zu belasten. Genauere Überlegungen hierzu habe er sich aber noch nicht gemacht. Nunmehr sei ja offen, ob Anna überhaupt dauerhaft die S-GmbH leiten wolle, so dass dieser gesamte Plan auf der Kippe stehe.

Für Brian stand analog zur Frage der Geschäftsführung fest, dass er den gleichen Anteil wie Anna an der S-GmbH erhalten müsse. Dauerhaft sei das Projekt S-GmbH für ihn nur bei Gleichberechtigung der Geschwister denkbar. Das Verhältnis von Anna und ihm werde sich dann schon regeln.

Charlotte wiederum sah sich abermals ausgegrenzt, da sie in den Plänen ihres Vaters und der Geschwister in Bezug auf die S-GmbH keinerlei Rolle spiele. Die Brücke zu Fragen der Vermögensnachfolge insgesamt schlug Charlotte unmittelbar und energisch. Hierzu jedoch sogleich.

7.3.2.5 Themenkreis Familie

Die Vermögensnachfolge im Allgemeinen – d. h. der Übergang auch der nicht mit dem Unternehmen zusammenhängenden Vermögensbestandteile – ist in aller Regel ein **familieninternes Thema**, weil die meisten Erblasser im Wesentlichen an Familienangehörige vererben möchten. An erster Stelle stehen dabei die eigenen Kinder. So wollen etwa vier von fünf Erblassern ihnen etwas vererben. Danach folgen mit schon gehörigem Abstand die Ehepartner und Enkelkinder als vorgesehene Erbempfänger. Dies trifft für gut vier beziehungsweise drei von zehn Erblassern zu. Nach Geschwistern, Lebensgefährten sowie Neffen und Nichten finden sich erst an

den nächsten Stellen, mit Stiftungen und gemeinnützigen Organisationen gefolgt von Freunden und Bekannten, erste familienfremde Erben. Dabei hat nur etwa jeder zwanzigste Erblasser die Absicht, Nachlass außerhalb der Familie zu verteilen.¹⁹

7.3.2.5.1 Verteilung des Vermögens

Um in der vierten Planungsphase Ideen zur Vermögensverteilung entwickeln zu können, müssen die Beteiligten in der Bestandsaufnahme den Vermögensbestand als solchen in den Blick nehmen. Viele Unternehmer möchten ihre Vermögensverhältnisse dabei zunächst nicht umfassend offenlegen, die wesentlichen Eckpunkte sollten aber Erwähnung finden. Solange es im weiteren Verlauf der Gespräche nicht auf exakte Summen ankommt, können die Beteiligten auch zunächst mit Größenordnungen oder auch mit Kategorien arbeiten, also von Immobilienvermögen, liquidem Vermögen etc. sprechen.

Die **Anteile am Unternehmen** stellen dabei eine wichtige, aber meist nicht die einzige Vermögensposition dar. Bezogen auf Familienunternehmen sind freilich häufig 70 % bis 90 % des Vermögens im Unternehmen gebunden. Gerade wenn das Unternehmen nur an einzelne Kinder übertragen werden soll, kommen regelmäßig bereits an dieser Stelle erste Fragen der **familieninternen Ausgleichung** auf. Dies gilt sowohl für den Fall einer beabsichtigten Gleichverteilung des gesamten Nachlasses wie auch im Falle bestehender Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüche. Die hohe Kapitalbindung im Unternehmen kann und wird häufig dazu führen, dass keine ausreichenden **liquiden Mittel** vorhanden sind, um damit Ausgleichsansprüche erfüllen zu können.

Schließlich sind auch zu erwartende **Erbschaftssteuerbelastungen** im Blick zu behalten. Meist wird – da die konkrete Umsetzung noch nicht feststeht – hier nur in Kategorien und ersten Annahmen zu denken sein. Dennoch sollte diese Thematik von Anfang an, wenn auch nur als Platzhalter, mit auf das Tableau gebracht werden.

7.3.2.5.2 Vorsorge und Absicherung

Neben dem aktuellen Vermögensbestand sollten die Beteiligten stets auch die weitere **finanzielle Lebensgestaltung** der Erblasserin bedenken. Zunächst ist davon auszugehen, dass einmal übertragenes Vermögen der weichenden Unternehmerin anschließend auch nicht mehr zur Verfügung steht. Gerade bei der Übertragung im Wege der vorweggenommenen Erbfolge auf jüngere Ehegatten wird dies gelegentlich übersehen. Die Folgen können im Einzelfall dramatisch sein. So liegen die Dinge etwa, wenn die Ehegattin einer Unternehmerin im Streit ihre Macht aufgrund übertragener Anteile ausnutzt und Entscheidungen im Unternehmen blockiert.

¹⁹Institut für Demoskopie Allensbach (2018), S. 16.

Weniger spektakulär, dafür jedoch in nahezu jedem Fall der Nachfolgeplanung relevant ist die finanzielle **Vorsorge** im Hinblick auf eine spätere Lebensphase der Unternehmerin ohne laufendes Erwerbseinkommen. Hier ist zunächst der realistische Bedarf zu ermitteln, bevor in einer späteren Gesprächsphase Instrumente der Bedarfsdeckung zu erwägen sind. Dabei ist zu beachten, dass der Wechsel von einem oft jahrzehntelangen Vermögensaufbau hin zu einem **Vermögensverbrauch** psychologisch äußerst schwierig sein kann. Dies gilt unabhängig von dem zur Verfügung stehenden Gesamt- und Restvermögen und kann im Extremfall zu gravierenden Existenzängsten führen.²⁰ Selbst ein Restvermögen, das bei noch so optimistischer Lebenserwartung jeden noch so pessimistisch geplanten Finanzbedarf übersteigt, feilt die Betroffenen erfahrungsgemäß nicht gegen solche Ängste. Neben der Absicherung der Unternehmerin sind schließlich auch gewollte Absicherungen weiterer Personen, wie etwa der **Ehegatten**, zu erfassen.

Weniger gut greifbar ist die Behandlung **weicher Faktoren**, die mit einer Unternehmensnachfolge einhergehen. Dennoch setzt eine umfassende Nachfolgegestaltung auch einen Austausch darüber voraus, welche Veränderungen im Hinblick auf die sozialen Bindungen und den sozialen Status zu erwarten sind. In etlichen Fällen haben Verantwortliche ihre Positionen und Aufgaben – samt Büro und Statusfaktoren wie etwa Firmenfahrzeug samt Fahrer – vor allem deswegen beibehalten, weil sie eine nachteilige Statusveränderung vermeiden wollten. Man muss dieses Statusdenken nicht als mehr oder weniger zielführend bewerten, die **Motivation** dahinter sollte jedoch ermittelt und besprochen werden. Die Erfahrung lehrt, dass an dieser Stelle wenig Selbsterkenntnis und Offenheit zum Austausch besteht.

Beispiel

Die Nachfolgeplanung in der Familie von Freya und Ugur verlief wie folgt weiter:

Charlotte war von der Darstellung ihres Vaters und den Vorstellungen ihrer Geschwister zwar nicht wirklich überrascht. Dennoch war sie tief getroffen davon, dass sie bei der künftigen Unternehmensführung und im Gesellschafterkreis keine Rolle spielen sollte. Daher brach es brüsk aus ihr heraus, dass sie ja hoffentlich wenigstens ihren fairen Anteil am Vermögen erhalten würde.

Unter großem Erstaunen der anderen berechnete sie sogleich auch den aktuellen Unternehmenswert der S-GmbH. Hierbei legte sie ein „übliches“ EBIT-Multiple von 8 zugrunde. Alleine ein Drittelanteil an der S-GmbH sei daher gute 2 Millionen Euro wert. Augenscheinlich hatte sich Charlotte intensiv beraten lassen. Dies bestätigte sie mit dem Hinweis, eine umfassende Vorbereitung auf das Wochenende hätte Ugur doch gerade verlangt und letztlich sei nichts eingetreten, was sie nicht erwartet hätte.

²⁰Halter und Schröder (2017), S. 88.

Anna und Brian hatte Charlotte damit aus der Fassung gebracht. Sie entgegneten, Ugur sei immerhin noch am Leben, so dass es aktuell gar nichts zu verteilen gebe. Eine Übertragung von Anteilen an der S-GmbH sei sinnvoll, um den Generationenwechsel im Unternehmen einzuleiten, weiteren Anlass für Vermögensübertragungen gebe es nicht. Eine Zahlung im Millionenbereich könne sich weder die S-GmbH noch einer der Beteiligten leisten und schließlich hätte Charlotte für den Aufbau des Unternehmens im Gegensatz zu ihnen nichts geleistet. Die Bewertung sei zudem völlig überzogen. Eine Bewertung der Anteile an der S-GmbH, deren Wert sie schließlich mitgeschaffen hätten, könne man nicht an den Bewertungsmethoden von „Heuschrecken“ ausrichten.

Ohne dass er sich dies hätte anmerken lassen, war Ugur zwar überrascht von der unvermittelten Geschäftstüchtigkeit seiner Tochter, zeigte sich aber eher beeindruckt als erschrocken. Jedenfalls sollten alle Kinder das Gleiche von ihm als Erbe bekommen. Gleichzeitig müsse die S-GmbH auf solidem finanziellem Fundament bleiben. Genauere Überlegungen, wie eine Lösung aussehen könnte, die beide Anliegen in Einklang bringt, hatte er nicht angestellt. Die Übertragung der ersten Anteile sah er als einen ersten Schritt der Einbindung in die Gesellschafterrolle und als Vorbereitung auf die spätere gemeinsame Inhaberschaft.

Da Ugur weiterhin 80 % der Anteile an der S-GmbH halten wollte, gab es keinerlei Überlegungen zu seiner finanziellen Altersvorsorge oder der Frage seiner „nächsten Lebensaufgabe“. Letztlich ging Ugur wohl zunächst von noch längerer Geschäftsführung und dann von dem Status als „graue Eminenz“ aus.

Mireille hatte Ugur und seine Kinder zwar von Anfang an gewarnt, dass der Abschnitt der Bestandsaufnahme häufig der emotional anstrengendste und konfliktträchtigste sei, dennoch waren alle Beteiligten niedergeschlagen und wenig hoffnungsvoll, den Prozess der Nachfolgeplanung erfolgreich und einvernehmlich regeln zu können. Entgegen ihrem eigentlichen Plan war es Mireille auch nicht gelungen, das Gespräch an einer Verteilungsdebatte vorbeizulenken. Sie regte daher an, den Abend nicht mit einem gemeinsamen Abendessen auslaufen zu lassen, sondern jedem Abstand und Zeit alleine zu gönnen.

Auch wenn das Planungsverfahren von einer klaren Trennung der einzelnen Phasen profitiert, lassen sich Abweichungen von diesem Idealbild in der Praxis regelmäßig nicht vermeiden. Wenn die Beteiligten bereits im Rahmen der Bestandsaufnahme mit Lösungsvorschlägen aufwarten, kann ihnen die Mediatorin weder das Wort abschneiden noch den Mund verbieten. Zugleich sollte es das stete Bemühen des neutralen Dritten sein, die Gesprächsteilnehmer thematisch so zu führen, dass diese „Phasenausreißer“ die Ausnahme bleiben. Erfahrene Mediatoren tun dies zum

einen mit einer zu Beginn jeder Phase klaren Beschreibung und Visualisierung dessen, worum es jetzt geht. Zum anderen verdeutlichen sie auch während des Gesprächs durch die Richtung ihrer Fragen und durch die Formulierung ihrer Paraphrasen, dass es in der Bestandsaufnahme um eine Sachverhaltserfassung und einen Meinungsaustausch, aber noch nicht um Vorstellungen über die Zukunft des Familienunternehmens geht.

7.3.3 Phase 3: Konzentration auf Interessen

Die auf die Bestandsaufnahme folgende dritte Planungsphase dient der Erörterung der Interessen und Bedürfnisse aller Beteiligten.²¹ Auch hier sind Mediatoren gut beraten, die Beteiligten im Hinblick auf das Gesprächsthema eng zu führen, denn auch hier gibt es einen natürlichen, aber nicht verfahrensdienlichen Drift dahin, sich bereits vorzeitig mit konkreten Nachfolgeoptionen zu beschäftigen.

In Fällen mit Bezug zur Unternehmensnachfolgeplanung treten viele Interessen zu Tage, die auch in klassischen Erbrechtsfällen eine Rolle spielen. Hierzu zählen etwa Gerechtigkeit, Beziehungswahrung, Familienfriede und auch ein faires Verfahren zur Konfliktbeilegung.²² Die Besonderheit in Bezug auf Unternehmerfamilien ist darin zu sehen, dass daneben noch spezifisch **unternehmensbezogene Interessen** treten.

Verbindend ist dabei, dass es auch bei der erbrechtlichen Gestaltungsmediation im Hinblick auf Unternehmensnachfolgeplanungen auf der Ebene von Unternehmer und Nachfolgern um individuelle Bedürfnisse geht. So ist kaum vorstellbar, dass eine tragfähige dauerhafte Nachfolgelösung bei einem Verstoß gegen **universelle Bedürfnisse** wie Gerechtigkeit und Fairness zustande kommt. Hierbei sind neben den Hauptakteuren auch die weiteren Beteiligten der drei Kreise im Blick zu behalten. Eine **tragfähige Unternehmensnachfolgelösung** ist für den wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens zwingend erforderlich und von Unternehmer wie weiteren Beteiligten gewollt. Diese Tragfähigkeit schließt auch die größtmögliche Freiheit von destruktiven Konflikten ein. Die dabei zu berücksichtigende besondere Komplexität der Unternehmensnachfolgeplanung lässt sich ein Stück weit einfangen durch ein Drei-Kreise-Modell, das die drei Bereiche Gesellschafter, Geschäftsführung und Gesamtvermögen strukturiert bearbeitet. Zugleich werden damit die bereits allgemein dargestellten Schritte zur Interessenerforschung in Anlehnung an Elemente des **St. Galler Nachfolge-Modells**²³ modifiziert.

²¹ Siehe ausführlich oben in Abschn. 3.2.2.3.

²² Fries et al. (2018), S. 55.

²³ Halter und Schröder (2017).

7.3.3.1 Die Familiencharta als normatives Element

Bei der Betrachtung der Interessen können Familienunternehmen, bedingt durch ihre Struktur und die vielen Verflechtungen, einen signifikanten Vorteil aufweisen. So besteht häufig bereits ein **normativer Rahmen** für die kollektivierten Interessen. Damit sind solche Interessen gemeint, die von den Beteiligten kollektiv anerkannt sind. Anders als im Falle eines isolierten ad-hoc Konfliktes können die Beteiligten der Unternehmensnachfolgeplanung auf ein – explizites oder implizites – Gerüst an gemeinsamen, zunächst neutral formuliert, „Übereinkommen“ zurückgreifen. Dabei soll nicht außer Acht bleiben, dass diese autonom gesetzt, aber auch durch Tradition oder auf sonstigen Wege oktroyiert sein oder wahrgenommen werden können.

Sofern in Unternehmerfamilien derartige Übereinkommen bereits vorhanden sind, finden sich verschiedene Bezeichnungen dafür wie etwa Familienverfassung oder Leitbild, die beispielsweise in einem **Familienrat** erarbeitet werden können.²⁴ Bisweilen haben solche Übereinkommen eine lange Tradition in der Unternehmerfamilie, häufig werden sie aber auch im Rahmen der Nachfolgeplanung erstmals explizit besprochen und in Kraft gesetzt.

Familienunternehmen benötigen auf verschiedenen Ebenen jedenfalls ein gemeinsames Selbstverständnis, aus dem heraus dann Lösungen für konkrete Fragestellungen erarbeitet werden können. Für diesen übergeordneten Rahmen – im St. Galler Nachfolge-Modell die „normative Ebene“ genannt – wird nachfolgend der Begriff der **Familiencharta** verwendet. Unter einer Familiencharta wird daher im Folgenden die interne **Verfassung** der Familie verstanden. Alle (Unternehmer-) Familien besitzen zumindest eine implizite, also vorausgesetzte aber nicht explizit ausgesprochene Familiencharta in diesem Sinne. In vielen Fällen ist diese in einem Dokument oder aufgeteilt auf verschiedene Stellen schriftlich zusammengefasst.

In dem hier zugrunde gelegten Verständnis geht es dabei nicht um ein Dokument mit **Rechtsverbindlichkeit** im Sinne eines bindenden Vertrages. Dies darf bei der Aufstellung der Familiencharta durchaus explizit Erwähnung finden, damit daraus nicht später rechtliche Ansprüche hergeleitet werden, die ursprünglich daraus nicht erwachsen sollten.²⁵

Eine Familiencharta in dem hier zugrunde gelegten Verständnis stellt insofern eine freiwillige Absichtsbekundung der Familie dar und setzt umfassende Übereinstimmung voraus.²⁶ Erst aus dieser freiwilligen Übereinstimmung folgt ihre **Legitimation**, die dann allerdings wirkungsvoller als eine vermeintliche, rechtliche Bindungswirkung sein kann. Denn im Krisenfall sind rechtliche Ansprüche in der Regel streitig und motivieren zur Suche nach „Schlupflöchern“ und „Umgehungsmöglichkeiten“, während eine freiwillig eingegangene Selbstverpflichtung vergleichsweise selten in Frage gestellt wird.

²⁴ Halter und Schröder (2017), S. 75.

²⁵ Zu einer umfassenden rechtswissenschaftlichen Einordnung und Ausleuchtung Fleischer (2017), S. 1201 ff.

²⁶ Stein (2019), B XI Rn. 12.

Eine Familiencharta zielt primär auf den **Kern der Unternehmerfamilie**. Es sollen mit der Charta nicht bereits bestehende Konflikte punktuell gelöst werden, sondern man vereinbart präventiv eine gemeinsame Richtung.²⁷ Bezogen auf den Kreis des Unternehmens geht es dabei vor allem um Unternehmenswerte und die Unternehmenskultur; übertragen auf Familienunternehmen stehen die generellen Ziele von Familie und Unternehmen im Mittelpunkt sowie deren **Werte, Prinzipien, Normen und Spielregeln**.²⁸ Die so gefundene gemeinsame Ausrichtung dient dann als **Leitlinie** für künftige Strategien, Taktiken und Einzelentscheidungen. Die dadurch erreichte Legitimation der Entscheidungen kann, so zeigt die Erfahrung, deutliches Konfliktvermeidungs- oder Konfliktsdeeskalationspotenzial entfalten.

Abschließend ist zu beachten, dass selbst in traditionsverbundenen Unternehmerfamilien der Inhalt der Familiencharta einem gewissen Wandel unterworfen ist. Insoweit handelt es sich bei der Aufstellung und Entwicklung einer Familiencharta immer auch um einen **iterativen Prozess**. Dabei kann die gemeinsame Auseinandersetzung der Familie mit ihrer Charta und deren Weiterentwicklung zum einen ein sehr verbindendes Projekt gerade für die jeweils nächste Generation in Inhaberschaft und Führung sein. Zum anderen wird durch die Überprüfung und gegebenenfalls Modifikation durch die folgende Generation die Wahrscheinlichkeit der fortgeltenden Akzeptanz erhöht. Auch hier gilt die Erkenntnis, dass autonom gefundene Lösungen zu einem hohen Grad umgesetzt beziehungsweise eingehalten werden.

7.3.3.2 Die Nachfolgecharta

Spätestens im Rahmen der Unternehmensnachfolgeplanung ist eine bewusste Auseinandersetzung mit den expliziten und impliziten normativen Regelungen der Unternehmerfamilie und damit mit ihrem **Selbstverständnis** angezeigt. Als Spezialfall der Familiencharta kann ein Ausschnitt gelten, der sich speziell mit Nachfolgefragen oder den Fragen, die im Rahmen einer Nachfolgeplanung relevant werden, befasst. Im Folgenden findet hierfür der Begriff der **Nachfolgecharta** Verwendung.²⁹ Dabei spielt es zunächst keine Rolle, ob die Nachfolgecharta bereits in die Familienverfassung integriert ist, daneben steht oder für den Einzelfall entwickelt wird. Es bietet sich nämlich ohnehin an, diese für den konkreten Einzelfall neu zu überdenken, fortzuentwickeln und mit allen Beteiligten abzustimmen.

Es empfiehlt sich weiterhin, die Nachfolgecharta thematisch an dem bereits erwähnten Drei-Kreise-Modell zu orientieren. Damit ist sichergestellt, dass sich die Charta mit allen drei relevanten **Kontexten** namentlich Familie, Unternehmen (Control) und Gesellschafter (Ownership) auseinandersetzt. Ebenso wie die Familiencharta die interne globale Verfassung der Unternehmerfamilie bezogen auf alle drei Kreise darstellt und damit deren **Werte, Prinzipien, Normen und Spielregeln**

²⁷ Baus (2009), S. 4.

²⁸ Stein (2019), B XI Rn. 12, Halter und Schröder (2017), S. 75.

²⁹ Soweit ersichtlich, wird der Begriff der Nachfolgecharta bisher nicht verwendet.

benennt, kann auch die Nachfolgecharta diese Aufgabe speziell mit Bezug zu Nachfolgefragen übernehmen. Im Hinblick auf die Struktur einer Gestaltungsmediation sind für die Nachfolgecharta insbesondere die Interessen der Beteiligten und bisweilen auch die in Betracht kommenden Nachfolgeoptionen von Bedeutung.

7.3.3.3 Nachfolgecharta und Individualinteressen

Wenn die Nachfolgecharta neben dem normativen Rahmen vor allem die **kollektivierte Interessen** in den Vordergrund stellt, finden diese meist noch einen Gegenpol in Form der Individualinteressen der Beteiligten. Die Nachfolgecharta bildet insoweit nur einen Ausgangspunkt. Denn selbst wenn sie umfassend und explizit ausformuliert ist, kann sie doch nur darstellen, welche Interessen das Gesamtsystem hat und jedes Mitglied über diese Brücke idealerweise teilen sollte. Die Frage, ob diese Interessen auf individueller Ebene auch tatsächlich geteilt werden, ist damit nicht geklärt. Vereinfacht ausgedrückt liefert eine Familiencharta oder Nachfolgecharta den **Interessen-Soll-Zustand**, der konkret zu verifizieren ist.

Konfligierende Individualinteressen können zum einen dann bestehen, wenn ein Akteur die kollektivierte Interessen nicht vollständig mitträgt. Dies ist insbesondere bei tradierten und oktroyierten Vorgaben, anders als bei einer gemeinsam entwickelten Nachfolgecharta, oft der Fall. **Individualinteressen** können aber auch individuelle Zusatzinteressen darstellen, die neben die Nachfolgecharta treten und sich daneben nicht spannungsfrei verwirklichen lassen.

7.3.3.4 Exemplarische Interessen in der Nachfolgecharta

Im Weiteren erläutert die Darstellung exemplarisch einige typische **Kernthemen** einer Nachfolgecharta. Dabei richtet sich das Augenmerk entsprechend dem Drei-Kreise-Modell wiederum nacheinander auf die Gesellschafter, die Geschäftsführung und die Familie.

7.3.3.4.1 Ownership: Die Gesellschafter

Bei der Betrachtung des Gesellschafterkreises steht das aktuelle und künftige Selbstverständnis des Familienunternehmens im Mittelpunkt der Aufmerksamkeit. Dieses bietet den zentralen Ausgangspunkt für die Ableitung der künftigen **Unternehmensinhaberschaft**, also der sog. Ownership. Begriffsnotwendig für die Einordnung als Familienunternehmen ist gerade, dass die Unternehmerfamilie eine derart herausgehobene Eigentümerstellung einnimmt, dass das Unternehmen unter ihrer Kontrolle steht.

Auf inhaltlicher Ebene bilden die Gründe und Motive für die einzelnen Eigentümerentscheidungen die kollektiven Interessen mit Bezug zur und ausgerichtet auf die Ownership-Ebene. Als erstes kommt diesbezüglich meist das Interesse nach

Sicherung der Lebensgrundlage der Unternehmerfamilie in den Sinn. Letztlich geht es dabei um den dauerhaften wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens. Gerade mit der Inhaberschaft an Familienunternehmen sind jedoch vielfach weitere, nicht zwingend monetäre Interessen selbst auf Gesellschafterebene verbunden. So wird dem Unternehmertum häufig auch ein **(Lebens-) Sinn stiftendes Element** beigemessen. Dies kann durch die Ziele der Unternehmung aber auch durch das Schaffen von Ausbildungs- und Arbeitsplätzen begründet sein. Sofern und soweit es um den **Einsatz der erwirtschafteten Mittel**, etwa für soziale Zwecke oder Mäzenatentum, geht, verschwimmt die Grenze je nach Ausgestaltung zwischen den Kreisen Ownership und Familie.

Die Sicherung der Lebensgrundlage der Unternehmerfamilie setzt ein nachfolgewürdiges Unternehmen voraus. Sinnvoller Bestandteil einer Familiencharta ist daher die periodische Überprüfung des Geschäftsmodells und der Erfolgsaussichten des Unternehmens. Mit anderen Worten: Jedes Unternehmen sollte sich periodisch die Frage stellen, ob es in einem mittelfristigen Zeitraum noch eine Rechtfertigung für sein Bestehen gibt. Im Hinblick auf die Nachfolgeplanung kann man dies als **Nachfolgewürdigkeit** bezeichnen. Nur bei vorhandener oder hergestellter Nachfolgewürdigkeit ist der **wirtschaftliche Erfolg** hinreichend wahrscheinlich.

Auch wenn viele Unternehmer die Auseinandersetzung mit der Nachfolgewürdigkeit scheuen oder als gesetzt ansehen, ist es sinnvoll, dieses Thema ausdrücklich anzusprechen, um auf dieser Grundlage **bewusste Entscheidungen** zu ermöglichen. So spricht nichts dagegen, etwa ein renditeschwaches Unternehmen fortzuführen, um Arbeitsplätze zu erhalten und die Familientradition fortzusetzen, wenn hinreichende Einkünfte erwirtschaftet werden oder anderweitig vorhanden sind. Eine solche Entscheidung sollte jedoch auf Basis einer klaren Entscheidungsgrundlage getroffen werden, und die Beteiligten sollten sich in einem solchen Fall darüber klar sein, dass ihrer Entscheidung dann eine andere als die übliche Gesellschafterlogik zugrunde liegt.

Daneben tritt die ebenfalls periodisch zu untersuchende Fragestellung, ob das Unternehmen so aufgestellt ist, dass eine Nachfolge in Inhaberschaft und Führung erfolgreich umsetzbar erscheint. Dies spielt gerade in der Phase des Übergangs von einem patriarchalischen Einmann-Unternehmen zum nächsten Einpersonen-Unternehmen oder einem Geschwisterunternehmen eine entscheidende Rolle. Zweifel können dann angebracht sein, wenn sich Wissen und Fähigkeiten in einer Person vereinigen und daher keinen institutionalisierten, sondern einen **personalisierten Vermögenswert** darstellen. Auch dies ist im Falle patriarchalischer Einmann-Unternehmen nicht selten zu beobachten.

Sofern die Themen Nachfolgewürdigkeit und Nachfolgefähigkeit nicht bereits als Bestandteil der Familiencharta regelmäßige Beachtung finden, sollten die Gespräche über eine Nachfolgecharta dies thematisieren. Im Rahmen einer konkreten Betrachtung mag dann zutage treten, dass beispielsweise nur ein Teilbereich des Unternehmens fortgeführt werden sollte oder organisatorische Veränderungen notwendig sind. Hierzu können durchaus auch der Verkauf von Unternehmensteilen, die Veräußerung von nicht betriebsnotwendigem Vermögen oder die geordnete Einstellung des Geschäftsbetriebs oder Teilen hiervon unter Maximierung der Realisie-

rung von Vermögenswerten gehören. Die Nachfolgecharta sollte sich mit dem Umgang mit erkannten Optimierungspotenzialen befassen. Im Hinblick auf die Fähigkeit des Unternehmens, fortgeführt zu werden, könnten die Beteiligten einen **Befähigungsplan** aufstellen, um die erkannten Defizite zu beheben. Dies setzt natürlich voraus, dass der Unternehmer hierzu bereit ist und diese objektiven Defizite nicht subjektiv positiv im Sinne eines machterhaltenden „Herrschaftswissens“ versteht.

Das Aufsetzen der Nachfolgecharta bietet zudem Anlass und Gelegenheit, die **Unternehmensstruktur** insgesamt grundlegend zu beleuchten. Auch an dieser Stelle gilt, dass im Tagesgeschäft diese Überprüfung allzu oft unterbleibt. Von Relevanz ist dabei nicht nur der gesellschaftsrechtliche, steuerliche und betriebswirtschaftliche Blickwinkel. Auch Überlegungen zur Tarifbindung, zum Betriebsverfassungsrecht sowie zur paritätischen beziehungsweise der Drittel-Mitbestimmung ebenso wie zu den Auswirkungen auf die Publizitätspflichten sollten die Beteiligten in den Blick nehmen.

Auch die zeitweise oder dauerhafte **Internationalisierung** im Gesellschafterkreis kann für die Planung bedeutsam sein. Themen wie Wegzugsbesteuerung oder die Auswirkungen ausländischer Steuerregimes müssen im Bedarfsfall detailliert in die Überlegungen einbezogen werden. Anlass dafür kann beispielsweise die Kenntnis von oder die Planung einer vorübergehenden oder dauerhaften Verlegung des Aufenthaltsortes von Gesellschaftern ins Ausland sein.³⁰ In einer zunehmend globalisierten Welt wächst die Bedeutung dieser Fragestellungen stetig an.

7.3.3.4.2 Control: Führungsnachfolge

Konstitutiv für ein Familienunternehmen ist, dass die Unternehmerfamilie die Geschicke des Unternehmens auch operativ maßgeblich mitbestimmt, also zumindest einzelne ihrer Mitglieder maßgeblichen Einfluss auf die **Unternehmensführung** ausüben. Hierdurch unterscheiden sich Familienunternehmen von Unternehmen, die (nur) durch familiär verbundene Finanzinvestoren kontrolliert werden.

Bei der Unternehmensführung geht es letztlich um die bestmögliche Erledigung von Aufgaben zur Erreichung vordefinierter – nämlich auf Ebene der Gesellschafter gesetzter – Ziele. Deshalb stehen die prinzipiell **austauschbaren Funktionsträger**, nicht die Familienmitglieder als Individuen, im Vordergrund. Wie im Bereich Ownership steht freilich auch hier die Sicherung der Existenzgrundlage als Kerninteresse der Beteiligten im Mittelpunkt. Insofern sind auch Fragen der Führungsnachfolge vorrangig daran auszurichten, was dem wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens am meisten dient.

³⁰ Breyer (2016), S. 33.

Herrscht innerhalb der Unternehmerfamilie Konsens dahingehend, dass Fragen der Unternehmensführung und insbesondere der Führungsnachfolge am prognostizierten wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens ausgerichtet werden, schlägt dies auf die Individualebene durch. Der Konsens erfordert eine Anpassung des familiären **Gerechtigkeitsmaßstabes**. Gilt innerhalb der Familie die Gerechtigkeitslogik der zur Ergebnisgleichheit führenden Gleichbehandlung oder der Ungleichbehandlung aufgrund Bedürftigkeit, erfordert die Ausrichtung am Unternehmenswohl die Logik der **Leistungsgerechtigkeit**.

Eine Einigung auf die Bedeutung von Leistungsgerechtigkeit und diesbezüglicher Transparenz in der Nachfolgecharta kann einen wichtigen Schritt auf dem Weg zu einer erfolgreichen Unternehmensnachfolgeplanung darstellen. Denn zum einen steigt damit erfahrungsgemäß die Qualität der Nachfolgeentscheidung, und zum anderen ist mit diesem Vorgehen auch regelmäßig eine Stärkung der wahrgenommenen **Prozessgerechtigkeit** verbunden. Künftige destruktive Konflikte werden damit deutlich unwahrscheinlich.

Auch an dieser Stelle treten neben die gemeinsamen, unternehmensdienlichen Interessen auch im Hinblick auf die Führung des Unternehmens noch diverse individuelle **Einzelinteressen** der Mitglieder der Unternehmerfamilie, so etwa die häufig anzutreffenden Bedürfnisse nach Autonomie und Selbstverwirklichung, die gerade in den nachfolgenden Generationen häufig eine große Rolle spielen. Solche Individualinteressen sind in die Nachfolgeplanung natürlich einzubeziehen; insoweit bestehen jedoch gegenüber den allgemeinen Ansätzen und Prinzipien der Mediation keine wesentlichen Besonderheiten.

7.3.3.4.3 Familiäre Vermögensnachfolge

Damit verbleibt die Behandlung des **Kreises der Familie** im Rahmen der Nachfolgecharta. Letztlich lässt sich dieser Kreis negativ von den beiden Kreisen Ownership und Control her definieren: Sämtliche Ansätze und Regelungen, die nicht auf der Unternehmensinhaberschaft oder der Unternehmensführung beruhen, sind dem Kontext Familie zuzuordnen. Die familiären **Kerninteressen** lassen sich dabei regelmäßig in Gerechtigkeitsinteressen einerseits und existentielle Bedürfnisse andererseits unterteilen.

Das Bedürfnis nach Gerechtigkeit ist bei den meisten Menschen so tief verankert, dass eine Nachfolgelösung, die unter grundlegenden Verstößen gegen **Gerechtigkeits- und Fairnessvorstellungen** zustande kommt, kaum ohne massive Konflikte vorstellbar ist. Die individuellen und kontextbezogenen Gerechtigkeitsvorstellungen **divergieren** dabei allerdings stark. Im Rahmen der Interessenermittlung ist daher zunächst das allseitige Interesse an einer gerechten Lösung festzuhalten. Weiterhin kann die Mediatorin transparent machen, dass die individuellen Definitionen im konkreten Anwendungsfall dennoch höchst unterschiedlich sein können. Auch wenn an dieser Stelle für eine konkrete Lösung noch nichts gewonnen ist, steigt alleine mit diesen beiden Erkenntnissen die Wahrscheinlichkeit deutlich an, dass die unterschiedlichen Meinungen als **konstruktiver Sachkonflikt**, unter Vermeidung einer destruktiven Konflikteskalation auf persönlicher Ebene, ausgetragen werden können.

Beispiele für typische Gerechtigkeitsvorstellungen im überwiegend familiären Kontext:

- (i) Bei langjähriger **Mitarbeit** im Unternehmen zu oftmals unter dem Drittvergleich liegender Vergütung haben die Übernehmer den Wert mitgeschaffen und erhalten deshalb einen Discount.
- (ii) Die Führung des Familienunternehmens war bisher und soll weiterhin weniger **profitgetrieben** sein, als dies von externen Erwerbern zu erwarten wäre, womit der wirtschaftliche Wert für die Folgegeneration sinkt.
- (iii) Die Übernahme des **unternehmerischen Risikos** soll finanziell belohnt werden.
- (iv) Die Übernahme der **Familientradition** soll finanziell belohnt werden.
- (v) Je nach Gesellschaftsform kann das **Haftungsrisiko** berücksichtigt werden; gleiches gilt, sofern von Banken oder anderen Dritten persönliche Haftübernahmen oder Sicherheiten erwartet werden.
- (vi) Die **Bindung** des entsprechenden Kapitals kann zu einer Abwertung führen.
- (vii) Die hohen psychischen und physischen Belastungen fließen in die Bewertung ein.
- (viii) Der Umfang des freien Vermögens reicht nicht aus, um für die interne Aufteilung den objektiven Unternehmenswert anzusetzen. Die widrigenfalls für die Folgegeneration resultierende **finanzielle Belastung**, die dann auf das Familienunternehmen durchschlagen kann, ist nicht gewollt.

Sämtliche der obigen Überlegungen sind nicht **per se richtig oder falsch**. Ihre Anwendung muss im konkreten Fall zwischen den Familienmitgliedern erörtert und entschieden werden. Kein Zweifel besteht jedoch daran, dass alleine die Transparenz hinsichtlich dieser Themen deeskalierend wirken kann.

Der Primat der Gerechtigkeit greift natürlich auch im Hinblick auf das restliche, **ungebundene Vermögen**. Auch hier werden viele Familienangehörige zustimmen, dass Gerechtigkeit durch familiäre Gleichbehandlung erreicht werden kann. Neben diesen grundlegenden Interessen der Familienmitglieder treten in der Regel sehr **existentielle Bedürfnisse**, so etwa das Streben nach Sicherheit, Liebe, Anerkennung und Zugehörigkeit.

Gerade der Unternehmer wird regelmäßig ein hohes Bedürfnis nach Sicherheit im Sinne **wirtschaftlicher Absicherung** im Alter haben. Dabei ist zu beachten, dass die Bausteine der finanziellen Absicherung nicht oder jedenfalls nicht gänzlich vom Unternehmen, und damit von dessen Fortbestand und Erfolg, abhängen sollten, um nicht mangels Diversifizierung des Ausfallrisikos ein „Klumpenrisiko“ entstehen zu lassen;³¹ damit wäre nämlich dem Sicherheitsinteresse der Betroffenen zu meist nicht hinreichend Rechnung getragen.

³¹ Zum Begriff des Klumpenrisikos in anderem Kontext: Bayer (2019), § 57 Rn. 164.

Neben das Absicherungsinteresse treten gerade bei dem Übergeber häufig Sorgen hinsichtlich der weiteren **Zugehörigkeit und des Lebenssinns**. Diesen sollte eine Gestaltungsmediation Beachtung schenken, um dem Unternehmer das „Loslassen“ zu erleichtern. Besonders wichtig ist dies bei **omnipräsenten Übergebern** mit unklarer Rolle im Unternehmen, die für die Folgegeneration, aber auch für Führungskräfte und Mitarbeiter des Unternehmens schwer zu fassen sind. Der Zauber eines jeden Anfangs kann verpuffen, wenn der Schwung gemeinsam begonnener Planungen durch das Beharrungsvermögen „alter Kräfte“ gehemmt wird. Gleichzeitig kann jedoch ein hohes Interesse der Folgegeneration bestehen, das Wissen und die Erfahrungen des Übergebers weiterhin zu nutzen. Diese beiden Pole können mit klaren neuen Rollen, Absprachen und Transparenz oft in Einklang gebracht werden. Bei der Überwindung solcher Hemmschwellen, diese Thematiken anzusprechen, haben sich außenstehende Dritte, etwa in Form eines schon bestehenden Beirates, als hilfreich erweisen können.

Selten thematisiert wird auch das Grundbedürfnis der Folgegeneration nach **Anerkennung**. Hier hilft bisweilen ein Appell an die bisherige Unternehmensführung, ihre Nachfolger am Maßstab des Beginns ihrer eigenen Führungsverantwortung und nicht an demjenigen des Endes zu messen. Souveräne Unternehmer erkennen durchaus an, dass viele erfolgreiche Entwicklungen der bisherigen Unternehmensgeschichte (zumindest auch) auf Ursachen zurückzuführen sind, die nicht direkt von ihnen selbst gesetzt wurden, sondern einem Quäntchen Glück zu verdanken waren.

7.3.4 Phase 4: Nachfolgeoptionen

Für viele Mitglieder von Unternehmerfamilien ist eine explizit interessenorientierte Konfliktlösung oder gar Nachfolgeplanung bisher weiterhin leider gänzlich unbekanntes Terrain. Mediatoren sind daher gut beraten, die einzelnen Mitglieder beim Durchlaufen des Prozesses, mit all seiner Höhe und Tiefen, eng zu begleiten. Dazu kann auch zählen, die üblicherweise auftretenden Schwierigkeiten und Frustrationen zu **normalisieren**.

Mehr noch als im Rahmen „normaler“ Wirtschaftskonflikte gilt bei Gestaltungsmediationen zur Unternehmensnachfolge, dass mit der Bewältigung der Abschnitte der Bestandsaufnahme und Interessenermittlung der **steilste und steinigste Teil des Weges** beschritten ist. Im Rahmen des Prozesses werden die Mitglieder der Unternehmerfamilie so viel über die anderen Mitglieder, meist aber auch über sich selbst erfahren haben, dass die Gestaltungsmediation selbst dann als erfolgreich gesehen werden sollte, wenn es im Anschluss nicht zu einvernehmlichen Lösungen kommt. Haben sich die Mitglieder bis hierhin aktiv an dem Verfahren beteiligt, ist ein Scheitern ohnehin unwahrscheinlich geworden.

Eine wichtige Besonderheit der umfassenden Nachfolgeplanung wirkt sich auch bei der Lösungsfindung wieder aus. Wie in „normalen“ Konfliktmediationen müssen die Beteiligten bei der Lösungsfindung häufig feststellen, dass sich nicht alle ihre Interessen in gleichem Maße durchsetzen lassen. Sie sind daher gezwungen,

spätestens jetzt eine **Priorisierung** ihrer Interessen vorzunehmen. Dieser Umstand tritt bei der Unternehmensnachfolgeplanung in verstärktem Maße auf. Der Grund hierfür ist in den verschiedenen Facetten des Drei-Kreise-Modells zu finden. Die Familienmitglieder müssen zunächst für sich und sodann für das gesamte System Wege der **praktischen Konkordanz** finden, um die drei Systeme in Einklang zu bringen. Gesucht wird der schonendste Ausgleich zwischen den vielfältigen Interessen, damit möglichst viele Bedürfnisse so weit wie möglich befriedigt werden.³²

Für diesen personellen und inter-personellen **Findungsprozess** ist ausreichend Zeit und gegebenenfalls weitere Unterstützung einzuplanen. Der Umstand, dass mit Beginn der Lösungsfindung der meist leichtere und atmosphärisch angenehmere Gestaltungsteil beginnt, darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass noch ein gutes Stück des Weges vor den Medianden liegt. Verstärkt wird der **Zeitbedarf** dadurch, dass in vielen Fällen einzelne Lösungsbausteine von Fachleuten gründlich durchdacht werden müssen und die Einbindung Dritter, etwa Banken, erforderlich werden kann. Es liegt auf der Hand, dass etwa gesellschaftsrechtliche Umstrukturierungen, die Veräußerung oder auch der Erwerb von Unternehmensteilen, Veränderungen des Finanzierungskonzeptes oder steuerliche Gesamtbetrachtungen erhebliche Zeit in Anspruch nehmen und Aufwand auslösen können. Entgegen der meistens angezeigten Vorgehensweise bei der Konfliktlösungsmediation können sich daher im Falle der Gestaltungsmediation zur Gestaltung der Unternehmensnachfolge zunächst auch **Teillösungen** anbieten.

Die Binnenstruktur der Suche nach Nachfolgeoptionen kann wiederum dem Drei-Kreise-Modell folgen. Es gibt keine Ideallinie, mit welchem der Themenbereiche die Mediatorin beginnen sollte. Tendenziell empfiehlt es sich, mit einem nur begrenzt kontroversen Thema zu beginnen, um dem gemeinsamen Nachdenken einen gewissen Drive zu geben.

7.3.4.1 Spektrum der Nachfolgeoptionen

In den meisten Fällen einigen sich die Beteiligten letztlich darauf, dass das Unternehmen in der Familie verbleiben soll. Dies wird sich gelegentlich als Idealvorstellung auch bereits der Familiencharta entnehmen lassen. Selbst für diesen scheinbar klaren Fall der Übertragung innerhalb der Familie stehen jedoch grundlegend verschiedene **Entscheidungsalternativen** im Raum. Auf der einen Seite stehen dynastische Ansätze wie das „Kronprinzenmodell“, bei dem sämtliche Anteile auf eine auserwählte Person übergehen, oder das „Stammesmodell“, bei dem pro Familienstamm eine künftige Inhaberin auserwählt wird. Den dynastischen stehen auf der anderen Seite egalitäre Ansätze gegenüber, die die Beteiligten kopfgleich in das Unternehmen involvieren.³³

³²Zur praktischen Konkordanz zweier Verfassungsgüter BVerfG Urt. v. 12. Juni 2018, 2 BvR 1738/12 u. a., juris.

³³Breyer (2016), S. 32 m. w. N.

Auch bei starken Tendenzen hin zu einem Family Buyout sollten die Beteiligten alle Nachfolgeoptionen gründlich und ergebnisoffen gegeneinander abwägen. Vielfach folgt aus diesem Prozess eine **Präferenzhierarchie** von einem Family Buyout über einen Management Buyout hin zu einem Management Buyin und der Veräußerung an strategische Investoren oder Finanzinvestoren. Mit der Aufstellung der Präferenzhierarchie, selbst wenn die einzelnen Alternativen zunächst nur als theoretisch denkbar bewertet werden, erweitert sich einerseits der **Lösungsraum**. Damit sinkt gleichzeitig die Abhängigkeit von Individualinteressen und Individualentscheidungen. Zugleich verändern sich damit Handlungsalternativen der Beteiligten, was tendenziell zu mehr Flexibilität und gelegentlich zu unerwartet wertschöpfenden Lösungen führt. Auch der nicht auszuschließende Fall, dass die auserkorene Kronprinzessin kurzfristig und unerwartet die ihr zuge dachte Rolle nicht übernehmen will oder kann, lässt sich so besser absichern.

Eine Nachfolgecharta kann solche Präferenzen festhalten und gleichzeitig einen Rahmen für eine sequenzielle Abarbeitung vorgeben. Steht etwa ein Übergabedatum fest, können die Beteiligten einen Zeithorizont vorsehen, in dem die Voraussetzungen für ein Family Buyout geschaffen werden sollen, und gleichzeitig ein Startdatum für den Einstieg in andere Szenarien festlegen. Scheitert nämlich ein lange angelegter Family-Buyout-Prozess in einem späten Moment, fehlt sonst häufig die Zeit, um ein **Alternativszenario** optimal auszuplanen und umzusetzen.³⁴

7.3.4.2 Auswahl und Umsetzung einer Nachfolgeoption

Hinsichtlich der Umsetzung der Nachfolgeoption kann die Nachfolgecharta bestimmen, unter welchen Voraussetzungen, zu welchem Zeitpunkt und gegebenenfalls in welchen Stufen der Übergang der Unternehmensinhaberschaft erfolgen soll. Von besonderer Bedeutung bei der Strukturierung der künftigen Inhaberschaft ist dabei auch die Frage, ob es nur **aktive Gesellschafter**, also für das Unternehmen auch operativ tätige Familienmitglieder, oder auch operativ nicht mit dem Unternehmen verbundene Gesellschafter geben soll. Die notwendigen Differenzierungen der Binnensstruktur stellen sich diesbezüglich bei allen Gesellschaftsformen unterschiedlich dar.

Daneben treten Überlegungen, welche Anforderungen ein Familienmitglied erfüllen muss, um als künftiger Unternehmenseigner in Betracht zu kommen. Diesbezüglich sind sowohl Altersanforderungen als auch Anforderungen an die **Qualifikation** anzutreffen. Aus Sicht der Verfasser ist diesbezüglich ein sehr zu begrüßender Trend hin zum strukturierten Aufbau von **Gesellschafterkompetenzen** der Folgegeneration zu erkennen. Diese Entwicklung wird dadurch getragen, dass man heutzutage deutlich mehr Wert darauf legt, dass Unternehmensinhaber ihre Gesellschafterrolle aktiv interpretieren.³⁵ Die Tage der Mehrheit stiller Gesellschafter scheinen gezählt. Der Kompetenzaufbau kann dabei sowohl fachliche als auch zwischen-

³⁴ Breyer (2016), S. 32 m. w. N.

³⁵ Horváth et al. (2015), S. 3.

menschliche Komponenten enthalten und auf ad-hoc Basis oder innerhalb fester Strukturen ablaufen.³⁶

Auch wenn die Frage der **Konditionen der Anteilsübertragung** in unmittelbarem Zusammenhang mit der Übertragung steht, wird diese Frage von den Verfassern regelmäßig dem familiären Kontext, im Sinne der Vermögensnachfolge, zuge schlagen, weil es aus familiären Gründen regelmäßig noch zu einem Discount vom geschätzten Wert der Anteile bis hin zur Schenkung kommt. Neben den „family discount“, der im Mittel 40 % betragen soll,³⁷ treten oftmals weitere Finanzierungsbesonderheiten wie Erblasser-Darlehen oder langfristige Stundungen. Diese sind im Lichte der Familienlogik, nicht der Gesellschafterlogik zu betrachten.

7.3.4.3 Auswahl des Managements

Der Wunsch, das Unternehmen in der Familie zu halten, beschränkt sich nicht auf die Inhaberschaft. In gleicher Weise bevorzugen die Mitglieder von Familienunternehmen bisher noch regelmäßig **Eigengeschäftsführer** gegenüber Fremdgeschäftsführern, auch wenn hier in den letzten Jahren ein gewisser Wandel hin zu einer Professionalisierung der Auswahlkriterien erkennbar ist. Entscheidend sind dabei letztlich die prognostizierten Vorteile für das Unternehmenswohl. Dabei muss man nicht auf eine börsengetriebene, kurzfristige (Quartals-)Betrachtungsweise abstellen. Es können vielmehr auch langfristige Unternehmensinteressen Berücksichtigung finden. Dies kann es jedoch erforderlich machen, für einen Übergangszeitraum einen **Interims-Fremdgeschäftsführer** hinzuzuziehen, etwa weil die grundsätzlich am besten geeignete Geschäftsführerin der nächsten Generation noch ertüchtigt werden soll.

Fällt die Entscheidung hingegen auf die Eigengeschäftsführung, weil qualifizierte Kandidaten aus der Unternehmerfamilie vorhanden sind, stellt sich umso mehr die Frage nach einer sachgerechten **Auswahl** der Personen, Anzahl und Kompetenzen der einzelnen Geschäftsführer. Die Nachfolgecharta kann diesbezüglich ein klares und durchaus ambitioniertes **Mindestanforderungsprofil** definieren. Es bietet sich an, dieses insbesondere dann frühzeitig und einvernehmlich festzulegen, wenn es innerhalb der Unternehmerfamilie erkennbar unterschiedliche Strömungen gibt. Dabei kann es sich um Familienstämme, aber auch etwa um geografische und generationenbedingte Allianzen handeln. Die Erfahrung zeigt, dass von rivalisierenden Gruppen entsandte Mitglieder als Geschäftsführer oft dem Anspruch eines Drittvergleichs nicht standhalten. Auf deren Einbindung wird dennoch – und sei es auch nur aus gefühlter Notwendigkeit zum Machterhalt – selten verzichtet.

Selbst wenn die objektiven Anforderungen an die künftige Unternehmensführung einvernehmlich festgelegt wurden, sehen sich die zur Entscheidung berufenen Mitglieder der Unternehmerfamilie oft vor eine weitere Herausforderung gestellt.

³⁶Eine Übersicht über einzelne inhaltliche Schwerpunkte findet sich etwa bei Horváth et al. (2015), S. 5 f.

³⁷Halter und Schröder (2017), S. 121.

Das menschliche Gehirn ist weit weniger perfekt als wir gerne annehmen und unterliegt, stark vereinfacht ausgedrückt, **systematischen Fehleinschätzungen**. Bezogen auf die Auswahl von Nachfolgern in der Führungsverantwortung besteht die Gefahr signifikanter Fehleinschätzungen unter verschiedenen Blickwinkeln. Zum einen unterliegen auch, oder gerade, Unternehmer der Gefahr der **Selbstüberschätzung** und der **Unersetzbarkeitsillusion**. Hinzu tritt, dass bei der Einschätzung der Fähigkeiten und Eignung der eigenen Kinder eine enorme Gefahr der Über-, aber mindestens genauso der Unterschätzung besteht.³⁸ Für eine leistungsgerechte Entscheidung ist jedoch eine möglichst **objektive Einschätzung** der realen Gegebenheiten unabdingbar. Eine solche ist innerhalb des Unternehmerfamiliensystems indes kaum zu leisten.

Aus diesem Grunde sollten die Beteiligten erwägen, außenstehenden Dritte in die Entscheidungsfindung mit einzubeziehen. Die Bandbreite kann dabei von einer ad hoc hinzugezogenen Expertin bis hin zu einem fest installierten oder institutionalisierten **Beirat** reichen, der das Unternehmen dauerhaft begleitet. Für letztere Variante spricht, dass eine fundierte Einschätzung ein hohes Maß an Informationen erfordert, das sich kaum in einem relativ kurzen Zeitraum und projektbezogen gewinnen lässt. Dabei gilt natürlich auch: Der Einsatz von Dritten, insbesondere Beratern, ist nicht per se positiv, sondern hängt von deren Qualifikation und Einsatz ab. Ein Beitrag hin zu sachorientierten, leistungsgerechten Entscheidungen ist nur bei entsprechender Erfahrung und Eignung der Dritten gegeben. Dies spricht dafür, Personen auszuwählen, die über entsprechend nachgewiesene **Expertise und Erfahrung** verfügen.

7.3.4.4 Binnenstruktur der Folgegeneration

Für den dauerhaften Erfolg des Familienunternehmens ist neben weisen Auswahlentscheidungen auch die **Binnenstruktur** der neuen Unternehmensführung wichtig. Sofern die Führung aus mehr als einer Person besteht, müssen die einzelnen Mitglieder der Geschäftsleitung ihre Rollen neu finden und einvernehmlich definieren. Hierzu zählen neben den Zuständigkeiten und formalen wie informalen Kommunikationsregeln auch die **Entscheidungsfindungsprozesse**. Dabei genügen nicht unbedingt festgeschriebene Regeln, sondern entscheidend ist auch die Art und Weise, wie diese interpretiert und vor allem gelebt werden. Es liegt auf der Hand, dass das nur in den seltensten Fällen reibungsfrei vonstatten geht.

An dieser Stelle kann ein bereits installierter Beirat einen hohen Mehrwert zum Gelingen beitragen. Mit dem **Wegfall der Autorität** der vorherigen Unternehmensführung kommt es häufig zu einem Machtvakuum, Machtschwankungen oder Machtimbances, die ein Beirat teilweise auffangen kann. Auch bereits installierte oder neu vereinbarte Regeln zum Umgang mit Konflikten stellen ein hohes Gut in diesem Stadium dar. Lassen sich die Beteiligten zudem schon vorab auf eine höhere

³⁸ Breyer (2016), S. 34.

Stufe im Umgang mit Konflikten heben, wird damit nicht nur das Interesse nach konfliktarmer Nachfolgeregelung befriedigt, sondern auch dem Unternehmenswohl gedient. Allein verbesserte kommunikative Fähigkeiten und ein Grundverständnis des Drei-Kreise-Modells sowie der unterschiedlichen Entscheidungs- und Kommunikationslogiken können einen signifikanten positiven Einfluss haben.

Ebenfalls in den Bereich der Binnenstruktur gehören Fragen der Ausgestaltung der **Vergütung**, der Gewährung von Statussymbolen wie Titeln, Fahrzeugen und zugeordnetem Personal. Sämtliche dieser Fragen sind zunächst am Unternehmenswohl auszurichten. Das heißt letztlich, dass Eigengeschäftsführer der Unternehmerfamilie nicht anders als externe Fremdgeschäftsführer zu behandeln sind. Diese Einordnung kann wiederum mit Hilfe Dritter, etwa des Beirates, zur Vermeidung destruktiver Konflikte innerhalb der Unternehmensführung vorgenommen werden.

7.3.4.5 Die Funktionsübergabe

Innerhalb der Logik der Unternehmensführung erfolgt die **Funktionsübertragung** auch an die die Verantwortung abgebende Generation stets nur für die Dauer der tatsächlichen Leistungserbringung. Dieser Zeitabschnitt ist spätestens dann zu Ende, wenn aus Sicht des Unternehmenswohls Mitglieder der folgenden Generation die Funktion besser ausfüllen können.

In der Praxis finden sich indes vielfältige Beispiele für Verstöße gegen dieses **strikte Prinzip**. Hierzu zählen Regelungen nachwirkender Titel und Statussymbole, das weiterhin vorhandene Büro samt persönlichem Assistenten, Dienstwagen samt Fahrerin und vieles Ähnliche. Um solche Regelungen dauerhaft für alle Seiten befruchtend einzusetzen, sollte zumindest **Offenheit und Klarheit** darüber herrschen, dass in diesen Fällen nicht die Logik des Unternehmens, sondern die Logik der Familie oder des Ownership greift. Die konkrete Ausgestaltung sollte dann möglichst daran angepasst werden. Das ehemalige Geschäftsführerbüro könnte dann, statt „in der Luft zu hängen“, zum Family-Office oder Anteilseigner-Büro umfunktioniert werden.

Wer diese Themen nicht scheut, kann einen weiteren Vorteil erwarten: Sind die Motive und Befindlichkeiten erst einmal offengelegt, führt ein strukturierter Nachfolgeprozess gelegentlich dazu, dass Titel und Symbole, die auf fehlendes **Loslassenkönnen** hindeuten, gar nicht mehr benötigt werden, sondern sich die die Verantwortung abgebende Generation nunmehr andere Betätigungsfelder sucht und findet. Auch das Interesse nach erfüllender Beschäftigung und Zugehörigkeit ist dabei nicht dem Kreis des Unternehmens, sondern dem der Familie zuzuordnen.

7.3.5 Phase 5: Abschluss und Iteration

Vielfach wird sich der Abschluss der Gestaltungsmediation selbst bei Einigkeit aller Beteiligten nicht rechtlich verbindlich mit einem **Vertrag** darstellen lassen. Das liegt unter anderem daran, dass die einzelnen Schritte bestimmten Formerfordernis-

sen unterliegen oder die Einbindung Dritter erforderlich ist. Das sollte die Beteiligten nicht daran hindern, das Ergebnis ihrer Gespräche und die nächsten Schritte – ggf. unter explizitem Hinweis auf ihre Unverbindlichkeit – ausführlich schriftlich festzuhalten. Die Erfahrung zeigt, dass auch rechtlich unverbindliche Absprachen von den Beteiligten später meist freiwillig eingehalten werden.

Weil die Planung einer Unternehmensnachfolge bisweilen einen langen Zeitraum weit in die Zukunft hinein regeln, müssen die Beteiligten damit rechnen, dass sich im Laufe der Zeit wesentliche Umstände, die Grundlage der Verhandlungen waren, über kurz oder lang ändern, obwohl der Erbfall noch nicht eingetreten ist. Hier bietet es sich an, die Nachfolgecharta als **lebendiges Dokument** auszugestalten, d. h. von Anfang an den Willen der Beteiligten zur periodischen Prüfung festzuhalten und den organisatorischen Rahmen dafür zu schaffen. Das können informelle jährliche Treffen sein, die in einem ersten Teil eine fachliche Agenda aufweisen, aber auch formal organisierte und strukturierte **Familientage**. Gerade in Zeiten, in denen keine Konflikte aktuell anstehen, können solche Strukturen bei größeren Unternehmerfamilien Vertrauen zueinander schaffen, das sich im Konfliktfall bezahlt macht.

Vorlauf und schiere Dauer einer umfassenden Nachfolgegestaltung geben gelegentlich Anlass, über ein vorübergehendes „**Soforttestament**“ zur Vermeidung einer unerwünschten Erbfolge oder einer unerwünschten Erbengemeinschaft nachzudenken. Leider zeigt sich oft die Tendenz, im Hinblick auf die angestrebte 100-Prozent-Lösung die relativ aufwandsarmen Schritte zu einer 50-Prozent-Lösung nicht zu gehen und so bis auf Weiteres bei einer 0-Prozent-Lösung stehen zu bleiben. Dies kann dann katastrophale Folgen haben, wenn der unregelmäßige Erbfall während der Dauer der Nachfolgeplanung plötzlich eintritt. Gleiches gilt für die sonstige **Vorsorge** im Hinblick auf ein unerwartetes vorübergehendes Ausfallen des Unternehmers oder dessen unerwarteten Tod.

Am Schluss dieses Kapitels steht noch ein Blick auf Ugur und seine Familie. Dies geschieht bewusst **schlaglichtartig**, da nur ein Zwischenschritt eines langen Prozesses beleuchtet werden soll. Damit wird ein Eindruck vermittelt, wie sich der aufgezeigte Ansatz praktisch auswirkt, ohne damit Lösungen oder eine Blaupause bereitstellen zu wollen.

Beispiel

Am Ende des langen Wochenendes konnten „nur“ noch erste Ideen für eine Nachfolgecharta formuliert werden. In den folgenden Monaten individueller und gemeinsamer Arbeit verdichtete sich das Bild zu Ansätzen der Nachfolgeplanung.

Im Verlauf der Planung stellte sich heraus, dass Charlotte „Blut geleckt“ hatte und sich nunmehr für ein entsprechendes Duales Studium interessiert. Anna und Brian haben sich für einen Zeitraum von zunächst zwölf Monaten zur hundertprozentigen Mitarbeit in den aktuellen Rollen verpflichtet.

In groben Zügen wurde gemeinschaftlich Folgendes festgehalten:

Allgemein

Ugur, Anna, Brian und Charlotte wollen gemeinsam offen und konstruktiv an der Unternehmensnachfolge in allen drei Kreisen arbeiten. Sie verstehen dies als kontinuierlichen Weg. Sie erkennen bei allen Hürden die Chance eines positiven Einflusses auf das Verhältnis untereinander und den wirtschaftlichen Erfolg der S-GmbH.

Die Unternehmerfamilie verpflichtet sich dabei und im Weiteren zu einem konstruktiven Umgang mit Konflikten, deren Auftreten sie als normal erkennen. Der Prozess soll weiterhin professionell begleitet werden.

Gesellschafterkreis

Die Unternehmerfamilie setzt einen beratenden Beirat ein. Dieser setzt sich aus Geschäftsführung, Gesellschaftern, Anna, Brian und Charlotte einerseits sowie Mireille und einer erfahrenen angesehenen Persönlichkeit mit Hintergrund im Bereich Finance und Unternehmensstrategie andererseits zusammen. Vorerst werden zwei vorausgewählte Kandidatinnen angesprochen. Brian und vor allem Charlotte sollen auf diesem Wege an die unternehmerische Verantwortung herangeführt werden.

Der Beirat schlägt Maßnahmen zum Kompetenzaufbau im Bereich Unternehmensführung bei Brian und Charlotte vor.

Um die künftigen Herausforderungen besser einschätzen und bewältigen zu können, wird gemeinsam mit dem Beirat die Nachfolgefähigkeit und Nachfolgewürdigkeit betrachtet. Hierzu können externe Experten herangezogen werden. Der Fokus liegt auf einem hands-on-Ansatz. Der Mehrwert des Beirats wird hier vor allem darin gesehen, dass das Thema im Fokus bleibt und nicht dem Tagesgeschäft untergeordnet wird.

Gemeinsam mit dem Beirat werden ein Konzept und ein Zeitplan für einen Family Buyout erarbeitet. Der künftige Gesellschafterkreis soll ausschließlich aus aktiven Gesellschaftern bestehen. Alle künftigen Gesellschafter übernehmen Anteile erst dann, wenn sie sich zur dauerhaften Mitarbeit im Unternehmen bereit erklärt haben.

Anteile für Charlotte werden „zurückgehalten“, bis feststeht, ob sie aktiv tätig werden möchte.

Aus der aktiven Tätigkeit für die S-GmbH ausscheidende Gesellschafter bieten ihre Anteile den Mitgesellschaftern zum Erwerb an.

Vorhersehbare Pattsituationen sind zu vermeiden bzw. von Anfang an mit Konfliktlösungsmechanismen zu versehen.

Unternehmensführung

Änderungen der Führungsstruktur der S-GmbH sollen nach fachlichen Kriterien ausgestaltet werden und der Beirat vorab hierzu eine Stellungnahme abgeben. Am Ende des kommenden Kalenderjahres erfolgt eine Evaluierung, ob Anna und ggf. Brian in die Geschäftsführung berufen werden. Im Nachgang daran entscheiden sich Anna und Brian über einen dauerhaften Verbleib in der S-GmbH.

Im Falle einer Geschäftsführung mit mehr als einem Geschäftsführer werden klare Kompetenzabgrenzungen vorgenommen und zudem die Weichen auf eine konstruktive Konfliktkultur gestellt. Diesbezüglich werden mediative Elemente verankert und der Beirat einbezogen.

Vergütungsfragen werden vom Beirat mit einer Stellungnahme versehen. Maßstab ist dabei ein strikter Drittvergleich. Hierzu wird ggf. die Expertise der Steuerberater und Wirtschaftsprüfer genutzt.

Mit dem Beirat werden regelmäßig die Geschäftspolitik diskutiert und die aktuellen Finanzkennzahlen besprochen.

Mit Ugur wird ein klares Konzept seiner Stellung erarbeitet. Anna, Brian und Charlotte wünschen ausdrücklich den dauerhaften Input von Ugur; eine nicht-definierte „graue Eminenz“ im Hintergrund lehnen sie jedoch ab. Zu prüfen ist insbesondere ein späterer Wechsel von der Geschäftsführung in den Beirat. Die Unternehmerfamilie wünscht an dieser Stelle Klarheit, die dann kommuniziert und auch umgesetzt wird.

Familie

Im Grundsatz werden alle Kinder bei der Nachfolge wirtschaftlich gleich behandelt. Unterschiedliche Leistungen für die S-GmbH werden auf Ebene der S-GmbH geregelt.

Für die Bewertung der Anteile im Familienkreis kommt jedoch sowohl im Erbfall als auch bei einer vorweggenommenen Erbfolge oder im Verkaufsfall untereinander ein Faktor von 0,5 auf die veröffentlichten Multiples zur Anwendung. Der Beirat gibt diesbezüglich unverbindliche Empfehlungen ab.

Regelungen der vorweggenommenen Erbfolge werden so ausgestaltet, dass Ugur wirtschaftlich abgesichert ist und diese Absicherungen in ausreichend hohem Maße unabhängig vom weiteren Erfolg der S-GmbH sind.

Ugur setzt ein Soforttestament auf, das später durch umfassende Regelungen ersetzt wird. Eine Erbengemeinschaft ist zu vermeiden. Zudem wird ein Roter Ordner aufgestellt und die wichtigsten Vorsorgeregulungen im privaten wie im unternehmerischen Bereich werden getroffen.

Im Ergebnis hat Ugur die häufig anzutreffende Illusion eigener Unersetzlichkeit gebannt, weil er den ersten Schritt getan hat und den weiteren Weg von Mireille als einer erfahrenen Verfahrensleiterin begleiten ließ. Für alle Beteiligten hat sich die intensive Arbeit gelohnt. Sie wirken zusammen für ein Unternehmen, das nunmehr so gut aufgestellt wurde, dass es auch ohne den aktuellen Unternehmer zuversichtlich in die Zukunft blicken kann.³⁹

³⁹Angelehnt an eine der von Breyer dargestellten Fehleinschätzungen bei der Nachfolgeplanung; Breyer (2016), S. 34.

Literatur

- Albom M (2002) *Tuesdays with Morrie*. Anchor, Hamburg
- Baus K (2009) Kooperationsfähigkeit als Schlüsselkompetenz: Familienstrategie und Unternehmerfamilien. In: Kirchdörfer R (Hrsg) *Familienunternehmen in Recht, Wirtschaft, Politik und Gesellschaft: Festschrift für Brun-Hagen Hennerkes zum 70. Geburtstag*. C. H. Beck, München, S 3–20
- Bayer W (2019) § 57 Keine Rückgewähr, keine Verzinsung der Einlagen. In: *MünchKommAktG*, 5. Aufl. C. H. Beck, München
- Breyer M (2016) Leitlinien für die Nachfolgeplanung: Sieben Felder einer gelungenen Übergabe. *FuS* 2016:31–35
- Crezelius G (2009) *Unternehmenserbrecht: Erbrecht, Gesellschaftsrecht, Steuerrecht*, 2. Aufl. C. H. Beck, München
- Fischer M (2017) *Mediation in der Unternehmensnachfolge*. Wolfgang Metzner, Frankfurt am Main
- Fries M, Lenz-Brendel N, Roglmeier J (2018) *Mediation in Erbstreitigkeiten*. *ZErB* 2018:53–59
- Fleischer H (2017) *Familiengesellschaften und Familienverfassungen: Eine historisch-vergleichende Standortbestimmung*. *NZG* 2017:1201–1210
- Halter F, Schröder R (2017) *Das St. Galler Nachfolge-Modell*, 4. Aufl. Haupt, Bern
- Hannes F (2017) *Formularbuch Vermögens- und Unternehmensnachfolge*, 2. Aufl. C. H. Beck, München
- Heinrich M (2021) § 35 Regelungen im Gesellschaftsvertrag und in letztwilligen Verfügungen. In: Reichert J (Hrsg) *GmbH & Co. KG*, 8. Aufl. C. H. Beck, München
- Horváth P, Kirchdörfer R, von Schlippe A (2015) *Gesellschafterkompetenz – der gut informierte Gesellschafter*. *FuS* 2015:3–6
- Institut für Demoskopie Allensbach (2018) *Erben und Vererben: Erfahrungen, Erwartungen und Pläne*. Allensbach
- Klein E, Lindemeier J (2019) 7. Kapitel – Tod des Gesellschafters, §§ 40–43. In: Gummert H, Weipert L (Hrsg) *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, Bd 2, 5. Aufl. C. H. Beck, München
- Lorz R, Kirchdörfer R (2011) *Unternehmensnachfolge*. C. H. Beck, München
- Riedel C (2021) *Praxishandbuch Unternehmensnachfolge*, 3. Aufl. Zerb Verlag, Bonn
- Scherer S (2020) *Unternehmensnachfolge*, 6. Aufl. C. H. Beck, München
- Spiegelberger S (2022) *Unternehmensnachfolge*, 3. Aufl. C. H. Beck, München
- Stein K (2019) B. XI. Die Unternehmensnachfolge. In: Steiner A (Hrsg) *Praxis-Handbuch Erbrechtsberatung*, 5. Aufl. Dr. Otto Schmidt, Köln
- von Schlippe (2014) *Das kommt in den besten Familien vor*. Concadora, Stuttgart
- Wiese GT (2020) *Unternehmensnachfolge: Steuerliche und rechtliche Gestaltung*. Dr. Otto Schmidt, Köln

Open Access Dieses Kapitel wird unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz (<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>) veröffentlicht, welche die Nutzung, Vervielfältigung, Bearbeitung, Verbreitung und Wiedergabe in jeglichem Medium und Format erlaubt, sofern Sie den/die ursprünglichen Autor(en) und die Quelle ordnungsgemäß nennen, einen Link zur Creative Commons Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen vorgenommen wurden.

Die in diesem Kapitel enthaltenen Bilder und sonstiges Drittmaterial unterliegen ebenfalls der genannten Creative Commons Lizenz, sofern sich aus der Abbildungslegende nichts anderes ergibt. Sofern das betreffende Material nicht unter der genannten Creative Commons Lizenz steht und die betreffende Handlung nicht nach gesetzlichen Vorschriften erlaubt ist, ist für die oben aufgeführten Weiterverwendungen des Materials die Einwilligung des jeweiligen Rechteinhabers einzuholen.



Nachwort

Wenn Sie bis hierhin gelesen haben, haben wir Sie hoffentlich vom Nutzen der Mediation in erbrechtlichen Streitigkeiten überzeugt. Außerdem haben wir Ihnen vermutlich einen Eindruck davon verschafft, was in einer Mediation passiert und auf welchen Wegen sich eine Mediation initiieren lässt. Wir Autoren sind von dieser Methode zutiefst überzeugt – nicht weil wir als Gutmenschen für eine höhere Art des Miteinanders plädieren müssten, sondern weil unsere Erfahrung zeigt, dass Mediationsverfahren die wichtigsten Bedürfnisse der Beteiligten in kurzer Zeit weitgehend befriedigen. In aller Regel sind alle Beteiligten nachher mit den Ergebnissen des Verfahrens außerordentlich zufrieden.

Die wesentliche Herausforderung für unseren und womöglich auch für Ihren beruflichen Alltag liegt darin, die abstrakte Erkenntnis der Vorteile klugen Konfliktmanagements in die Praxis zu übersetzen. Dabei gilt: Der Erfolg rechtfertigt die Mühen. Wer einmal am Ende einer erbrechtlichen Mediation in den Augen der Parteien das Staunen darüber sehen durfte, wie sich jahrelange, aufreibende zwischenmenschliche Konflikte durch ein vergleichsweise einfaches Kommunikationssetting bereinigen ließen, wird verstehen, was wir meinen. Empfehlen Sie Ihren Mandantinnen und Mandanten, Familienangehörigen und Bekannten im Fall eines Erbstreits einen Mediationsversuch! Sie werden Ihnen später sehr dankbar dafür sein.