

Mediationsrecht

von

Prof. Dr. Horst Eidenmüller, Prof. Dr. Gerhard Wagner, Dr. Martin Engel, Dr. Helge Großerichter, Dr. Andreas Hacke,
Dr. Thomas Steiner, Dr. Holger Thomas

1. Auflage

Dr. Otto Schmidt Köln 2015

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 504 47135 4

Leseprobe zu



Eidenmüller/Wagner (Hrsg.)

Mediationsrecht

2015, 527 Seiten, gebunden, Handbuch, 16 x 24cm

ISBN 978-3-504-47135-4

69,80 €

Kapitel 1 Begriff und Formen der Mediation

Literatur:

Ahrens, Mediationsgesetz und Güterichter – Neue gesetzliche Regelungen der gerichtlichen und außergerichtlichen Mediation, NJW 2012, 2565; American Arbitration Association, Handbook on Mediation, 2. Aufl. 2010; Eidenmüller, Establishing a Legal Framework for Mediation in Europe: The Proposal for an EC Mediation Directive, SchiedsVZ 2005, 124; Eidenmüller/Prause, Die europäische Mediations-Richtlinie – Perspektiven für eine gesetzliche Regelung der Mediation in Deutschland, NJW 2008, 2737; Frenkel/Stark, The Practice of Mediation: A Video-Integrated Text, 2008; Graf-Schlicker, Die EU-Richtlinie zur Mediation – zum Stand der Umsetzung, ZKM 2009, 83; Risse, Wirtschaftsmediation, 2003; Risse, Das Mediationsgesetz – Eine Kommentierung, SchiedsVZ 2012, 244; Roche/Teague/Colvin (Hrsg.), Conflict Management in Organizations, 2014; Steffek/Unberath (Hrsg.), Regulating Dispute Resolution: ADR and Access to Justice at the Crossroads, 2013; Stürner/Gascón Inchausti/Caponi (Hrsg.), The Role of Consumer ADR in the Administration of Justice, 2015; Wagner, Das Mediationsgesetz – Ende gut, alles gut?, ZKM 2012, 110; Wagner/Thole, Die europäische Mediations-Richtlinie – Inhalt, Probleme und Umsetzungsperspektiven, FS Kropholler, 2008, S. 915 ff.; Wagner/Thole, Die neue EU-Richtlinie zur Mediation, ZKM 2008, 36.

I. Entstehungsgeschichte des MediationsG

Das MediationsG dient der Umsetzung der EU-RL über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen aus dem Jahr 2008, die bis zum 20.5.2011 umzusetzen war.¹ Das MediationsG ist erst Ende Juli 2012 in Kraft getreten, sodass diese **Umsetzungsfrist** um über ein Jahr überschritten wurde. Die zeitliche Verzögerung beruhte vor allem darauf, dass der Gesetzentwurf der Bundesregierung im Rechtsausschuss auf erheblichen Widerstand stieß und daraufhin während des Gesetzgebungsverfahrens wesentlich verändert wurde. Die Meinungsverschiedenheiten konzentrierten sich auf zwei Punkte, nämlich die Richtermediation und das Berufsrecht.

Der Gesetzentwurf der Bundesregierung wollte die **gerichtsinterne Mediation durch Richter**, wie sie in vielen Bundesländern im Rahmen von Modellprojekten praktiziert wurde, auf eine tragfähige gesetzliche Grundlage stellen.² Diesem Ansatz vermochte der Rechtsausschuss nicht zu folgen. Nach dem Willen des Ausschusses sollte die gerichtsinterne Mediation

1 RL 2008/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 21.5.2008, ABL. EG Nr. L 136 v. 24.5.2008, S. 3 ff.; eingehend zum Entwurf der Richtlinie Eidenmüller, SchiedsVZ 2005, 124, und zur Richtlinie selbst Eidenmüller/Prause, NJW 2008, 2737; Wagner/Thole, FS Kropholler, 2008, 915; Wagner/Thole, ZKM 2008, 36.

2 § 1 Abs. 1 MediationsG i.d.F. des Regierungsentwurfs, BT-Drucks. 17/5335, S. 5.

aus dem MediationsG ausgeklammert werden.¹ An ihre Stelle sollte das sog. Güterichtermodell treten, das im Bundesland Bayern entwickelt und eingeführt worden war. Diesen Standpunkt hat sich der Deutsche Bundestag zu Eigen gemacht, nicht aber der Bundesrat, wo die Eliminierung der gerichtsinternen Mediation Widerspruch unter denjenigen Bundesländern provozierte, in denen die gerichtsinterne Mediation zuvor erfolgreich praktiziert wurde.² Am Ende dieser Auseinandersetzungen setzte sich der Bundestag durch, doch der Bundesrat erreichte, dass dem § 278 Abs. 5 ZPO ein zweiter Satz angefügt wurde, nach dem der Güterichter „alle Methoden der Konfliktbeilegung einschließlich der Mediation einsetzen“ kann.³ Der Sache nach ist also lediglich das Etikett ausgetauscht worden; der Richtermediator heißt nunmehr Güterichter (dazu eingehend unten Kap. 8).⁴

- 3 Der zweite wesentliche Punkt, in dem der Rechtsausschuss das MediationsG gegenüber der Fassung des Regierungsentwurfs wesentlich verändert hat, betrifft das **Berufsrecht der Mediatoren** bzw. die an deren Aus- und Fortbildung zu stellenden Anforderungen. Während § 5 MediationsG in der Fassung des Regierungsentwurfs die Aus- und Fortbildung in die Verantwortung des Mediators stellte,⁵ favorisierte der Rechtsausschuss die Definition gesetzlicher Aus- und Fortbildungsanforderungen.⁶ Diese Anforderungen, die durch eine Rechtsverordnung des Bundesjustizministeriums konkretisiert werden sollen,⁷ reglementieren allerdings nicht den Zugang zu diesem Beruf, sondern funktionieren lediglich im Sinne eines Gütesiegels: Diejenigen Mediatoren, die die Aus- und Fortbildungsobliegenheiten erfüllen, sind berechtigt, sich als zertifizierte Mediatoren zu bezeichnen (§ 5 Abs. 2 MediationsG).⁸

1 Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 17/8058, S. 4, 17 ff.

2 BR-Drucks. 10/1/12, S. 1 ff.

3 Dazu BR-Drucks. 377/12; BT-Drucks. 17/10102; *Busemann*, ZKM 2012, 55; vgl. auch *Ahrens*, NJW 2012, 2465 (2469); *Wagner*, ZKM 2012, 110 (113); s. eingehend zur gerichtsinternen Mediation unten Rz. 26 ff.

4 Zu dieser Entwicklung *Thole*, ZZP 127 (2014), 339 (343 f.); *Wagner*, ZKM 2012, 110 (113 ff.); s. zum Verfahren vor dem Güterichter ausführlich *Greger/Weber*, MDR 2012, Beil. Heft 18.

5 § 5 MediationsG i.d.F. des Regierungsentwurfs, BT-Drucks. 17/5335, S. 6.

6 Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 17/8058, S. 6 ff., 18 ff.

7 Am 31.1.2014 hat das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz einen Entwurf einer entsprechenden Verordnung vorgelegt, abrufbar unter http://www.bmju.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/Verordnungsentwurf_ueber_die_Aus_und_Fortbildung_von_zertifizierten_Mediatoren.pdf?__blob=publicationFile.

8 Eingehend dazu *Wagner*, ZKM 2012, 110 (114 f.).

II. Territorialer und sachlicher Anwendungsbereich des MediationsG

Im Vergleich zur Mediations-RL der EU ist die Definition der Mediation in § 1 Abs. 1 MediationsG zunächst bemerkenswert für dasjenige, was sie nicht enthält. Der **Anwendungsbereich der EU-RL** ist nämlich in doppelter Weise in **territorialer und sachlicher Hinsicht beschränkt**. Ausweislich des Art. 1 Abs. 2 der RL gilt diese nur „bei grenzüberschreitenden Streitigkeiten für Zivil- und Handelssachen“, nicht aber für verwaltungsrechtliche Angelegenheiten und für Ansprüche aus Staatshaftungsrecht. 4

Der deutsche Gesetzgeber hat **weder die eine noch die andere Beschränkung in das MediationsG übernommen**.¹ Dazu war er berechtigt, denn nach Erwägungsgrund Nr. 8 der RL sollte es den Mitgliedstaaten freistehen, ihre Bestimmungen auch auf interne Streitigkeiten anzuwenden. Das MediationsG gilt für interne und für grenzüberschreitende Streitigkeiten gleichermaßen (eingehend zum Kollisionsrecht unten Kap. 12).² Darüber hinaus ist sein Anwendungsbereich auch nicht in sachlicher Hinsicht beschränkt: Das MediationsG gilt nicht nur für privatrechtliche Streitigkeiten im Sinne des § 23 GVG einschließlich Familiensachen, sondern genauso auch für arbeitsrechtliche, verwaltungsrechtliche und sozialrechtliche Konflikte. Dies ergibt sich aus dem weit gefassten Wortlaut des § 1 Abs. 1 MediationsG, darüber hinaus aber auch aus den Änderungen, die das Artikelgesetz zum MediationsG an FamFG, ArbGG, VwGO, FGO und SGG vorgenommen hat.³ Mit diesen Änderungen wird im Wege der Verweisung auf die §§ 278 Abs. 5, 278a ZPO erreicht, dass auch in Streitigkeiten, für die die genannten Sonder-Prozessordnungen gelten, die Abgabe der Sache an einen Güterichter (§ 278 Abs. 5 ZPO) ebenso zulässig ist wie die Anordnung des Ruhens des Verfahrens zur Durchführung einer außergerichtlichen Mediation (§ 278a ZPO). Wenn aber in Familien-, Arbeits-, Verwaltungs-, Sozial- und Steuersachen die außergerichtliche Mediation noch während eines bereits anhängigen Gerichtsverfahrens möglich ist, dann muss sie erst recht vor der Einleitung eines Rechtsstreits zulässig sein. 5

III. Mediation – Begriff und Abgrenzung

1. Die Tatbestandsmerkmale des § 1 Abs. 1 MediationsG

§ 1 Abs. 1 MediationsG **definiert die Mediation** als ein vertrauliches und strukturiertes Verfahren, bei dem die Parteien mithilfe eines oder mehre- 6

¹ Deutschland geht damit einen Sonderweg gegenüber anderen Rechtsordnungen, die je spezielle Mediationsgesetze für die einzelnen Rechtsgebiete erlassen haben, dazu s. *Hopt/Steffek* in *Hopt/Steffek*, S. 57.

² BT-Drucks. 17/5335, S. 11; *Eidenmüller/Prause*, NJW 2008, 2737 (2738, 2741).

³ Art. 3, 4, 5, 6, 8 des Gesetzes v. 21.7.2012, BGBl. 2012 I, 1577.

rer Mediatoren freiwillig und eigenverantwortlich eine einvernehmliche Beilegung ihres Konflikts anstreben. Ein Mediator ist gemäß § 1 Abs. 2 MediationsG eine unabhängige und neutrale Person ohne Entscheidungsbefugnis, die die Parteien durch die Mediation führt. Bilaterale Verhandlungen zur Beilegung eines Konflikts sind also nicht ohne Weiteres als Mediation zu qualifizieren, sondern nur bei Vorliegen der zentralen Begriffselemente von Mediation. Nach dem Gesetzestext handelt es sich um die Merkmale: (1) Strukturiertes Verfahren zur einvernehmlichen Beilegung eines Konflikts, (2) Beteiligung eines oder mehrerer Mediatoren, d.h. (3) unabhängiger und neutraler Personen, (4) ohne Entscheidungsbefugnis, (5) Freiwilligkeit des Verfahrens und Eigenverantwortlichkeit der Parteien, (6) Vertraulichkeit.

- 7 Wie im Folgenden zu zeigen sein wird, sind **nicht alle dieser Merkmale unverzichtbar**, um ein Verfahren als Mediationsverfahren anzusprechen. Die Kriterien der Vertraulichkeit des Verfahrens und der Unabhängigkeit des Mediators müssen nicht zwingend gegeben sein, und das Erfordernis der Freiwilligkeit ist in einem restriktiven, auf gesetzliche Mediationspflichten bezogenen Sinn zu verstehen und auch in diesem restriktiven Sinne zwar eine zu akzeptierende gesetzgeberische Entscheidung, der Mediation aber nicht „wesenseigen“. Der unverzichtbare Kern des Mediationsbegriffs ist somit wesentlich enger, als die Liste der in § 1 Abs. 1 MediationsG versammelten Merkmale dies nahelegt.

2. Der Kern des Mediationsbegriffs: Eigenverantwortliche Konfliktbeilegung mithilfe eines Mediators in einem strukturierten Verfahren

- 8 Der Begriffskern der Mediation besteht darin, dass die **Parteien selbst ihren Konflikt beizulegen versuchen, und zwar im Rahmen eines strukturierten Verfahrens und mithilfe eines Mediators**.¹ Mit den darin enthaltenen Elementen lässt sich die Mediation klar von anderen Instrumenten der alternativen Konfliktlösung unterscheiden.

a) Autonome Konfliktlösung durch die Parteien selbst

- 9 Die in § 1 Abs. 1 MediationsG gewählte Formulierung stellt zunächst klar, dass die Mediation ein Konfliktlösungsinstrument in der Hand der Parteien ist. Die Konfliktparteien selbst bleiben die Herren des Verfahrens; sie geben die **Aufgabe der Konfliktlösung nicht an eine dritte Partei** oder an eine Institution ab. Mediation ist selbstbestimmte Konfliktlösung, nicht heteronome Konfliktlösung nach den Vorstellungen eines Dritten, mag es sich dabei auch um einen neutralen Richter oder Schiedsrichter oder um einen in Konfliktlösung geschulten Experten handeln. Folgerichtig obliegt es den Parteien, den Mediator auszuwählen (§ 2 Abs. 1 MediationsG), sie können die Mediation jederzeit beenden (§ 2 Abs. 5 S. 1 Media-

¹ Duve/Eidenmüller/Hacke, S. 83 ff. Übereinstimmend Hopt/Steffek in Hopt/Steffek, S. 3 (12 ff.).

tionsG), und sie können frei darüber entscheiden, ob sie den Konflikt durch eine Einigung in der Sache beilegen wollen.¹

b) Konfliktlösung mithilfe eines Mediators

Von bilateralen Vergleichsverhandlungen der Konfliktparteien unterscheidet sich die Mediation durch die **Einbeziehung einer dritten Partei**, des Mediators. Die Parteien büßen die Herrschaft über ihren Konflikt nicht ein, denn der Mediator hat keine Entscheidungskompetenz und auch sonst keine Weisungsbefugnisse gegenüber den Parteien. Im Sinne einer ultima ratio kann er das Mediationsverfahren allerdings beenden, wenn nach seiner Einschätzung die Kommunikationsfähigkeit der Parteien nicht wiederhergestellt werden kann oder eine Einigung aus sonstigen Gründen nicht zu erwarten ist (§ 2 Abs. 5 S. 2 MediationsG). 10

Der Mediator ist somit auf eine im Verhältnis zu den Parteien **unterstützende Rolle** festgelegt; er soll den Parteien dabei helfen, ihren Konflikt selbst beizulegen, nicht aber soll er den Konflikt für die Parteien regeln. Selbstverständlich hat der Mediator nicht die Kompetenz zur Streitentscheidung. Der Mediator ist gerade kein Richter oder Schiedsrichter. Sofern ihn die Parteien nicht dazu ermächtigen bzw. darum bitten, gehört es auch nicht zu seinen Aufgaben, einen Kompromissvorschlag auszuarbeiten und vorzuschlagen. Zwar wird der Mediator mit den Parteien daran arbeiten, eine tragfähige Lösung des Konflikts zu entwickeln. Er wird jedoch davon absehen, von sich aus einen Vergleichsvorschlag zu unterbreiten, um den ihn die Parteien nicht gebeten haben. Darin liegt der wesentliche Unterschied zwischen Mediation und Schlichtung (zur Abgrenzung der Mediation von der Schlichtung s. eingehend unten Rz. 21 f.). 11

c) Konfliktlösung im Rahmen eines strukturierten Verfahrens

Mit der Charakterisierung der Mediation als strukturiertes Verfahren wollte der Gesetzgeber zum Ausdruck bringen, dass die **Mediation bestimmten Regeln folgt**, die allerdings je nach sachlichem Kontext oder dem vom Mediator präferierten Mediationsstil (s. ausführlich unten Rz. 62 ff.) variieren können.² Welche Struktur und welche Regeln der Mediator auch wählt – entscheidend für den Mediationsbegriff ist, dass die Verhandlungsführung nicht rein intuitiv erfolgt, sondern einer reflektierten Methode folgt, die in professioneller Weise angewendet wird. Ein wesentliches Differenzierungskriterium der Mediation gegenüber der Schlichtung traditionellen Zuschnitts sowie gegenüber der bloßen Begleitung von Vergleichsverhandlungen durch einen neutralen Dritten ist die Verwissenschaftlichung der Methode und die Professionalisierung 12

¹ Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung, BT-Drucks. 17/5335, S. 14; Kloweit/Gläßler/Hagel, § 1 Rz. 15.

² Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung, BT-Drucks. 17/5335, S. 13.

der Anwender. Ein Mediator zeichnet sich dadurch aus, dass er die eigene Rolle nicht allein auf seine natürliche Autorität und Erfahrung stützt und das Verfahren nicht nur nach Maßgabe seines *common sense* führt. Vielmehr bringt ein Mediator Kenntnisse über Kommunikationstechniken, Verhandlungspsychologie, Verhandlungsstrategien und den rechtlichen Rahmen für Verhandlungen zur Anwendung, die in einem interdisziplinären wissenschaftlichen Diskurs erarbeitet und im Rahmen einer entsprechenden Ausbildung erlernt werden können. Für den Begriff der Mediation kommt es nicht darauf an, welchen exakten Inhalt die erlernten Regeln und Strukturbildungen haben. Entscheidend ist allein, dass der Mediator nicht rein intuitiv vorgeht, sondern das Verfahren in einer Weise strukturiert, die reflektierten Methoden entspricht.

3. Vertraulichkeit des Verfahrens

- 13 Trotz des Wortlauts von § 1 Abs. 1 MediationsG zählt die Vertraulichkeit des Verfahrens **nicht zu den *essentialia* der Mediation** in dem Sinne, dass bei ihrem Fehlen keine Mediation im Sinne des Gesetzes vorläge.¹ Der Vertraulichkeitsschutz ist in § 4 MediationsG näher ausgestaltet, und zwar in einer sehr restriktiven, allein auf den Mediator fixierten Weise, die ergänzende Regelungen in der Mediationsvereinbarung der Parteien verlangt (s. Kap. 7, Rz. 8, Kap. 4, Rz. 83). Die Parteien sind jedoch nicht nur dazu befugt, den gesetzlichen Vertraulichkeitsschutz zu erweitern, sondern sie können auch auf ihn verzichten (s. Kap. 7, Rz. 32 f.). Niemand hindert sie beispielsweise daran, die Vertraulichkeit der Mediationssitzungen aufzuheben und ausgewählte Zuschauer oder gar die Öffentlichkeit zuzulassen. Bei Mediationen über die Planung und Durchführung von Infrastrukturprojekten kann die Herstellung der Öffentlichkeit sogar eine wesentliche Bedingung für deren Erfolg sein.

4. Unabhängigkeit des Mediators

- 14 Die Unabhängigkeit des Mediators ist zweifellos ein wichtiges Postulat des Mediationsrechts, doch ebenfalls nicht zwingend, sondern der **näheren Ausgestaltung nach dem Willen der Parteien** zugänglich. In § 3 Abs. 4 MediationsG ist ausdrücklich geregelt, dass die Tätigkeitsbeschränkungen des § 3 Abs. 3 zulasten der Sozien und Bürogemeinschafter des Mediators „nicht gelten“, wenn sich die betroffenen Parteien im Einzelfall nach umfassender Information damit einverstanden erklärt haben und Belange der Rechtspflege dem nicht entgegenstehen. Darüber hinaus, und für die Praxis ungleich wichtiger, ist auch der zentrale Mechanismus zur Gewährleistung der Unabhängigkeit und Neutralität des Mediators dispositiv: § 3 Abs. 1 MediationsG verpflichtet den Mediator zwar zur Offenlegung aller Umstände, die seine Unabhängigkeit und Neutralität beeinträchtigen können, legt die Entscheidung über die Disqualifikation

¹ Risse, SchiedsVZ 2012, 244 (245 f.); Greger/Unberath, § 1 Rz. 45; Klowait/Gläßler/Hagel, § 1 Rz. 7.

einer Person als Mediator jedoch in die Hände der Parteien: Ein Mediator, dessen Unabhängigkeit und/oder Neutralität (abstrakt) gefährdet sind, darf gemäß § 3 Abs. 1 S. 2 MediationsG gleichwohl tätig werden, „wenn die Parteien dem ausdrücklich zustimmen“.

5. Freiwilligkeit

Das Prinzip der Freiwilligkeit der Mediation hat mehrere Wurzeln. Zum einen steht es in enger Verbindung mit dem Prinzip der **Eigenverantwortlichkeit der Konfliktparteien**. Das zentrale Charakteristikum der Mediation im Verhältnis zu anderen Mechanismen der Streitbeilegung besteht darin, dass die Parteien selbst für ihren Konflikt verantwortlich bleiben und der Mediator ihnen „lediglich“ dabei behilflich ist, die Potentiale für eine selbstverantwortliche Konfliktlösung auch tatsächlich zu heben. Aus dem Prinzip der Freiwilligkeit folgt, dass es den Parteien freisteht, die Mediation jederzeit zu beenden (§ 5 Abs. 2 S. 1 MediationsG).¹ Genauso steht es in ihrer freien Entscheidung, sich auf ein Mediationsverfahren erstmals einzulassen. 15

Allerdings ist zu betonen, dass die freie Entscheidung zur Mediation – anders als die freie Entscheidung über die Akzeptanz des Ergebnisses der Mediation oder die Beendigung einer Mediation – der Mediation nicht „wesenseigen“ ist.² Eine **Pflicht zur Teilnahme wenigstens an einer ersten Mediationssitzung kann sinnvoll sein**, um kognitive oder strategische Einigungsbarrieren zu überwinden. So gibt es beispielsweise in den USA an vielen Gerichten Mediationsprogramme, die prozessführende Parteien auf Anordnung des Gerichts zu einem Mediationsversuch verpflichten. Auch der deutsche Gesetzgeber hat die „Teilnahmefreiheit“ der Parteien nicht konsequent ausgestaltet. Gemäß § 278 Abs. 5 ZPO kann das Streitentscheidende Gericht die Parteien nämlich auch gegen ihren Willen an einen Güterichter zur Mediation verweisen. Dass dies in der Praxis nicht erfolgt, steht auf einem anderen Blatt. 16

Das in § 1 Abs. 1 MediationsG enthaltene Bekenntnis zum Prinzip der Freiwilligkeit impliziert vor allem die Zurückweisung eines instrumentellen Verständnisses der **Mediation als ein Mittel zum Zweck der Justizentlastung**. Selbstverständlich ist es willkommen, wenn möglichst viele Parteien die Mediation nutzen, damit ihre Konflikte von den Gerichten fernhalten und auf diese Weise die stets knappen Justizressourcen schonen. Justizentlastung ist ein willkommener Nebeneffekt der Mediation, der aber mit dem MediationsG nicht zielgerichtet angesteuert wird. Dementsprechend hat der Gesetzgeber davon abgesehen, generell oder für bestimmte Kategorien von Fällen eine gesetzliche Verpflichtung zur 17

¹ Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung, BT-Drucks. 17/5335, S. 15.

² Ausführlich Eidenmüller/Prause, NJW 2008, 2737 (2742); Nelle, JDR 7 (1992), 287; Marx, ZKM 2010, 132; rechtsvergleichend Hanks, UNSW Law Journal, 35 (2012), 929.

Mediation einzuführen. Der Weg des § 15a EGZPO, der die Bundesländer ermächtigte, für bestimmte Streitigkeiten der Klageerhebung ein obligatorisches außergerichtliches Güteverfahren vorzuschalten, ist nicht weiter beschritten worden. Die Weiterentwicklung des landesrechtlich obligatorischen Schlichtungsversuchs zu einem „Mediationszwang“ in dem Sinne, dass vor Klageerhebung die gütliche Streitbeilegung im Wege der Mediation versucht worden sein muss, wäre zwar verfassungs- und europarechtlich zulässig gewesen,¹ ist jedoch nicht verwirklicht worden. Von diesen Bestrebungen übrig geblieben ist lediglich § 253 Abs. 3 Nr. 1 ZPO, nach dem die Klageschrift Angaben darüber enthalten soll, ob der Klageerhebung der Versuch einer Mediation oder eines anderen Verfahrens der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vorausgegangen ist, sowie eine Äußerung dazu, ob einem solchen Verfahren Gründe entgegenstehen.²

- 18 Der Verzicht auf einen gesetzlichen Mediationszwang besagt nichts für die Frage, ob die Parteien dazu befugt sind, sich ihrer Freiheit zu begeben und sich wirksam zur Nutzung der Mediation zu verpflichten.³ Dies geschieht in der Praxis in Form von **Mediationsvereinbarungen**, die in der Regel im Zusammenhang mit einem kommerziellen Hauptvertrag abgeschlossen werden und in denen die Vertragsparteien sich wechselseitig verpflichten, im Fall einer Streitigkeit aus oder in Zusammenhang mit dem Vertrag vor Inanspruchnahme gerichtlichen oder schiedsgerichtlichen Rechtsschutzes ein Mediationsverfahren durchzuführen. Derartige Klauseln sind zulässig, wirksam⁴ und durchsetzbar, indem sie einer unter Verstoß gegen die vertragliche Mediationspflicht erhobenen Klage die Zulässigkeit nehmen (s. eingehend zu Abschluss, Wirksamkeit und Durchsetzung solcher Vereinbarungen Kap. 2, 4 und 6).
- 19 Die **privatautonome Selbstbindung zugunsten der Mediation widerspricht dem Prinzip der Freiwilligkeit nicht** und verstößt daher nicht gegen § 1 Abs. 1 MediationsG.⁵ Die vertragliche Bindung ist ein Instrument in der Hand der Parteien, ihre Eigeninteressen an dem Versuch konsensualer Streitbeilegung zu einem Zeitpunkt zu artikulieren und in rechtlich wirksame Vereinbarungen umzusetzen, in dem einverständliche Dispositionen noch gut möglich sind, weil die Kommunikation unter den Parteien noch nicht durch einen aktuellen Konflikt und die daraus resultieren-

1 BVerfG v. 14.2.2007 – 1 BvR 1351/01, ZKM 2007, 128 (129) = NJW-RR 2007, 1073 (1074); EuGH v. 18.10.2010 – Rs. C-317/08-320/08 (*Allassani* ./ *Telecom Italia SpA*), Rz. 46 ff.; *Eidenmüller/Prause*, NJW 2008, 2737 (2742).

2 Zu den Motiven dieser Regelung siehe die Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung, BT-Drucks. 17/5335, S. 20.

3 *Eidenmüller*, S. 11 ff.; *Klowait/Gläßler/Hagel*, § 1 Rz. 14; *Wagner*, S. 439 f.; *Wagner*, *RabelsZ* 74 (2010), 794 (838 f.).

4 S. zur AGB-rechtlichen Wirksamkeit von Mediationsklauseln *Friedrich*, *SchiedsVZ* 2007, 31; *Töben*, *RNotZ* 2013, 321 (340 ff.).

5 Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung, BT-Drucks. 17/5335, S. 14.

den widerstreitenden Konfliktlösungsinteressen gestört ist.¹ Überdies finden Verhandlungen über Mediationsklauseln ex ante unter dem Schleier der Unwissenheit darüber statt, um welchen Gegenstand dereinst gestritten werden wird, wie die Parteirollen verteilt sein werden und welche Seite von dem Aufschub der gerichtlichen oder schiedsgerichtlichen Auseinandersetzung profitieren oder benachteiligt sein wird. Durch die Unkenntnis der zukünftigen Konfliktpositionen wird die Einigung auf einen ex ante vernünftigen Konfliktlösungsmechanismus sehr erleichtert.

Damit entspricht die vertraglich übernommene Mediationspflicht exakt 20 den Funktionen des Vertragsrechts im Allgemeinen. **Vertragsfreiheit** bedeutet, dass die Parteien frei darin sind, vertragliche Bindungen einzugehen, dass sie aber an die wirksam eingegangenen Verträge gebunden sind – auch wenn eine Seite ex post, im Konfliktfall, lieber davon loskommen würde. Ohne weiteres möglich ist natürlich immer eine *einvernehmliche* Aufhebung einer ursprünglich vereinbarten Mediationspflicht.

6. Rechtsfolgen bei Verfehlung des Mediationsbegriffs

In der öffentlichen Diskussion wird **häufig als Mediation bezeichnet, was 21 keine Mediation ist**, jedenfalls keine Mediation im Sinne des Gesetzes. Wann immer ein großes Infrastrukturprojekt wie zuletzt der Neubau des Stuttgarter Hauptbahnhofs „Stuttgart 21“ auf massiven Widerstand stößt, wird der Ruf nach einer „Mediation“ laut,² und es ist auch schon versucht worden, festgefahrene Tarifverhandlungen mithilfe eines „Mediators“ wieder flottzumachen.³ Als Mediator wird dabei in der Regel eine Persönlichkeit des öffentlichen Lebens, etwa ein prominenter Politiker in der Abendröte seiner Karriere, verpflichtet, dem beide Seiten Respekt entgegenbringen. Eine solche Persönlichkeit wird das „Mediationsverfahren“ so führen, wie sie das im Lichte ihrer eigenen Lebenserfahrung, ihres *common sense* und ihrer politisch-sozialen Weltanschauung für richtig hält.⁴ Die Parteien erwarten von einem solchen Vermittler in aller Regel nicht bloß die Begleitung ihrer Verhandlungen, sondern vor allem auch die Ausarbeitung eines Einigungsvorschlags. In Tarifverhandlungen geht es zentral um den Umfang der Lohnerhöhung und die Laufzeit des Vertrags, daneben um eine Vielzahl von Fragen aus dem Bereich der Arbeitsbedingungen, bei Infrastrukturprojekten entscheidend um deren „Größe“, daneben um Fragen wie Betriebszeiten, Schallschutz, ökologische Ausgleichsmaßnahmen etc. In dem „Mediationsverfahren“ zu „Stuttgart 21“ beispielsweise hat der „Mediator“ Heiner Geißler vorgeschlagen, den von

1 Eingehend zu den Interessen und Anreizen der Parteien ex ante *Duve/Eidenmüller/Hacke*, S. 332 ff.

2 Zu „Stuttgart 21“ vgl. *Glenewinkel*, ZKM 2012, 47.

3 So etwa im Jahr 2007 bei der Deutschen Bahn AG; vgl. FAZ v. 9.8.2007: „GDL: Heiner Geißler soll vermitteln“.

4 Zur Rolle Heiner Geißlers bei Stuttgart 21 krit. *Eidenmüller/Hacke*, FAZ v. 4.11.2010: „Das Experiment“.

der Bahn geplanten unterirdischen Hauptbahnhof durch eine Kombination aus unterirdischem Fern- und überirdischem Nahverkehrsbahnhof zu ersetzen.

- 22 So erfolgreich eine Vermittlung der eben beschriebenen Art bei **Konflikten mit starker Öffentlichkeitsbeteiligung** auch sein mag, um Mediation i.S.v. § 1 Abs. 1 MediationsG handelt es sich nicht. Das Kriterium der Freiwilligkeit ist zwar erfüllt, mitunter ist auch Vertraulichkeit gegeben, und an der Unabhängigkeit des neutralen Dritten ist nicht zu zweifeln, doch das zentrale Element des Mediationsbegriffs wird verfehlt, nämlich die eigenverantwortliche Konfliktlösung durch die Parteien im Rahmen eines nach Maßgabe reflektierter Regeln strukturierten Verfahrens. Zwar wird sich jede Persönlichkeit, die als Vermittler zu einem festgefahrenen Konflikt gerufen wird, Gedanken über ihr Vorgehen machen, ggf. eine Struktur für den Ablauf der weiteren Verhandlungen entwerfen und dieser auch folgen. Rekuriert der Vermittler aber ausschließlich auf Erfahrung, gesunden Menschenverstand und Weltanschauung, ist dies nicht die Struktur, die § 1 Abs. 1 MediationsG meint. Eine Mediation im Sinne des Gesetzes liegt im Übrigen auch deshalb nicht vor, weil das Verfahren von vornherein darauf angelegt ist, dem neutralen Dritten die Grundlage für einen Vermittlungsvorschlag zu verschaffen.
- 23 Das Label der Mediation wird somit in der Öffentlichkeit häufig für Prozeduren verwendet, die bei Licht besehen gar keine Mediationsverfahren sind, jedenfalls keine im Sinne des Gesetzes. Dieser großzügig-nachlässige Begriffsgebrauch ist Ausdruck der großen **Popularität der Mediation**. Offenbar handelt es sich um ein Etikett, mit dem sich viele Akteure gerne schmücken, und auf das Konfliktparteien gerne verweisen, wenn sie mit ihrem eigenen Latein am Ende sind. Aus der Perspektive einer größtmöglichen Methodenklarheit ist dies zu bedauern. Juristisch ist der inflationäre Fehlgebrauch des Mediationsbegriffs aber ebenso unbedenklich wie folgenlos. Auch für Mediationsvereinbarungen gilt die vertragsrechtliche Parömie des *falsa demonstratio non nocet*. Der bloße Umstand, dass die Parteien ein Verfahren als Mediationsverfahren bezeichnen, macht es nicht zu einem solchen. Nennen die Parteien ein Verfahren „Mediation“, das in Wahrheit – bei Anwendung der in § 1 Abs. 1 MediationsG genannten Kriterien – ein Schlichtungsverfahren ist, so bleibt es das, was seinem tatsächlichen Charakter entspricht. Folglich sind die Regelungen des MediationsG nicht auf ein solches Verfahren anwendbar.
- 24 Die **Falschbezeichnung eines Verfahrens der alternativen Konfliktlösung als Mediation** führt zwar nicht zur Anwendung des MediationsG, doch das bedeutet nicht, dass das Verfahren unzulässig oder unrechtmäßig wäre.¹ Das MediationsG erhebt keinen Exklusivanspruch, sondern lässt andere Formen der alternativen Konfliktlösung neben der Mediation be-

¹ Greger/Unberath, § 1 Rz. 7.

stehen. Das Artikelgesetz, mit dem das MediationsG eingeführt wurde, macht die Offenheit des Gesetzgebers sogar in seinem Titel deutlich: „Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung“.¹ Die Regelung des § 278a ZPO ermöglicht die Aussetzung des Gerichtsverfahrens folglich nicht nur zur Durchführung eines außergerichtlichen Mediationsverfahrens, sondern auch zur Durchführung eines anderen Verfahrens der außergerichtlichen Konfliktbeilegung. Die Gesetzesbegründung nennt beispielhaft das Schiedsgutachtenverfahren, das sich zur Feststellung umstrittener Tatsachen aus Wissenschaft und Technik mithilfe von Sachverständigen eignet (s. eingehend zum Schiedsgutachten unten Rz. 37 f.).² Allein das MediationsG selbst gilt nur für Mediationsverfahren, wie sie in § 1 Abs. 1 MediationsG definiert sind, nicht hingegen für sonstige Verfahren der außergerichtlichen Streitbeilegung.

Den Parteien eines sonstigen Verfahrens der außergerichtlichen Konfliktlösung droht durch die Nichtanwendung des MediationsG kein Schaden. Die **Verjährung** eines streitbefangenen Anspruchs tritt gemäß § 203 BGB für die Dauer der zwischen den Parteien geführten Verhandlungen auch dann nicht ein, wenn die Verhandlungen im Rahmen eines Schlichtungs- oder sonstigen Verfahrens stattfinden. Dem Schlichter oder sonstigen neutralen Dritten steht ein **Zeugnisverweigerungsrecht** gemäß § 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO ohne Rücksicht auf § 4 MediationsG bereits dann zu, wenn er einen der dort genannten Berufe ausübt und ihm die jeweilige Information im Zuge der Berufsausübung anvertraut worden ist. Die **Vollstreckbarerklärung eines Vergleichs** lässt sich über §§ 794 Abs. 1 Nr. 5, 796a ff. ZPO auch dann erreichen, wenn er außerhalb eines Mediationsverfahrens geschlossen wurde. Im Übrigen steht es auch Schlichtungsparteien und den Parteien sonstiger Konfliktbeilegungsverfahren selbstverständlich frei, weitergehende Rechtsfolgen im Rahmen einer Verfahrensvereinbarung zu regeln und sich dabei an den möglichen Inhalten von Mediationsvereinbarungen zu orientieren (s. eingehend dazu Kap. 2, 4 und 5).

IV. Gerichtsinterne Mediation und Güterichterverfahren

Mediation im Sinne des MediationsG ist **zwingend außergerichtliche Mediation**. Die außergerichtliche Mediation kann entweder vor der Einleitung eines Rechtsstreits, also vor der Klageerhebung, stattfinden, aber auch noch danach, indem das bereits anhängige Verfahren zum Ruhen gebracht wird, um Raum für den Versuch zu schaffen, den Streit außerhalb des Gerichts zu lösen, insbesondere durch ein Mediationsverfahren. Für die gerichtsnahe Mediation nach Unterbrechung eines bereits

¹ Gesetz v. 21.7.2012, BGBl. I S. 1577.

² Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung, BT-Drucks. 17/5335, S. 20.

Kapitel 3 Wege in die Mediation

Literatur:

Beckmann, Wirtschaftsmediation in der anwaltlichen Beratung, DStR 2007, 583; *Bischof*, Kosten bei Inanspruchnahme der außergerichtlichen und gerichtsinternen Mediation, FPR 2012, 258; *Carl*, Vom richterlichen Mediator zum Güterichter, ZKM 2012, 16; *Diop/Steinbrecher*, Ein Mediationsgesetz für Deutschland: Impuls für die Wirtschaftsmediation?, BB 2011, 131; *Duve*, Das Gesetz zur Rettung der gerichtlichen Mediation, ZKM 2012, 108; *Duve/Ponschab*, Wann empfehlen sich Mediation, Schlichtung, oder Schiedsverfahren in wirtschaftsrechtlichen Streitigkeiten?, ZKM/KON:SENS 1999, 263; *Eidenmüller*, Die Auswirkung der Einleitung eines ADR-Verfahrens auf die Verjährung, SchiedsVZ 2003, 163; *Eidenmüller/Prause*, Die europäische Mediationsrichtlinie – Perspektiven für eine gesetzliche Regelung der Mediation in Deutschland, NJW 2008, 2737; *Greger*, Die von der Landesjustizverwaltung anerkannten Gütestellen: Alter Zopf mit Zukunftschancen, NJW 2011, 1478; *Greger*, Obligatorische Schlichtung – Erfahrungen und Zukunftsperspektiven, SchiedsVZ 2005, 76; *Hacke*, Rechtsanwälte als Parteivertreter in der Wirtschaftsmediation, SchiedsVZ 2004, 80; *Hacke*, Co-Mediation – Praktische und Rechtliche Überlegungen, FS Haase, 2006, 257; *Hammacher*, Rechtsanwälte: Widerstand gegen Mediation abbauen, SchiedsVZ 2008, 30; *Loos/Brewitz*, Hindert eine Mediationsvereinbarung an der Klage? – Wie lange? SchiedsVZ 2012, 305; *Nelle/Hacke*, Die Mediationsvereinbarung, ZKM 2002, 257; *Nelle/Hacke*, Obligatorische Mediation: Selbstwiderspruch oder Reforminstrument?, ZKM 2001, 56; *Neuenhahn/Neuenhahn*, Die Begleitung des Mandanten durch den Rechtsanwalt in der Mediation – Eine neue Dienstleistung des Anwalts, NJW 2005, 1244; *Riskin*, Understanding mediators' orientations, strategies and techniques: a grid for the perplexed, 1 Harv. Negotiation L. Rev. (1996), 7; *Risse*, Das Mediationsgesetz – eine Kommentierung, SchiedsVZ 2012, 244; *Tochtermann*, BGH: Keine Hemmung der Berufungsbegründungsfrist durch gerichtliches Mediationsverfahren, LMK 2009, 284303; *Tochtermann*, Mediationsklauseln – Teil II, ZKM 2008, 89; *Tümpel*, Bringing the parties to the table – Die Rolle von Institutionen für die erfolgreiche Durchführung von Mediationsverfahren, ZKM 2012, 162; *Unberath*, Mediationsklauseln in der Vertragsgestaltung – Prozessuale Wirkungen und Wirksamkeit, NJW 2011, 1320; *Wagner*, Das neue Verjährungsrecht, ZKM 2002, 103; *Wagner*, Mediationsklausel mit vorläufigem Klageverzicht, ZKM 2011, 29; *Wagner*, Der Referentenentwurf eines Mediationsgesetzes, ZKM 2010, 172.

I. Einleitung

Die Mediation hat gegenüber vielen anderen Methoden der Konfliktbeilegung beachtliche Vorteile: Sie führt in einer großen Mehrzahl der Fälle zu einer raschen, im Vergleich zu Gerichts- oder Schiedsgerichtsverfahren kostengünstigen, vertraulichen und von den Parteien selbst entwickelten endgültigen Beilegung des Konflikts.¹ Dabei sind die Risiken gering: Kosten und Zeit fallen jedenfalls bei etwas größeren Streitwerten oft kaum ins Gewicht (vgl. dazu auch Kap. 10, Rz. 1 ff.).² Selbst ohne eine Einigung in der Mediation sind die Ergebnisse der Vorbereitung auf die Mediation und der vertieften Befassung mit dem Konflikt und der ande-

¹ Vgl. *Duve/Ponschab*, ZKM/KON:SENS 1999, 263 (266 ff.).

² *Duve/Eidenmüller/Hacke*, S. 297 ff. m.w.N.

ren Partei in der Mediation oftmals auch für eine sich dann anschließende fortgesetzte Auseinandersetzung von Nutzen. Zeit und Geld sind also selbst dann nicht umsonst aufgewendet. Rechtspositionen bleiben in aller Regel erhalten, so dass diese auch nach einer Beendigung der Mediation ohne Einigung weiter unverändert ausgenutzt werden können; vgl. allerdings zu den Risiken von Verjährungs- und Ausschlussfristen Rz. 83 ff. und 98 ff.

- 2 Insbesondere vor dem Hintergrund dieses eindeutig positiven Kosten-Nutzen-Befunds verwundert es, dass der Weg in ein Mediationsverfahren in der Praxis bisweilen steinig erscheint. Konfliktparteien selbst kennen das Verfahren häufig noch nicht und fragen es deshalb nicht von sich aus nach. Viele Rechtsanwälte kennen es zumindest noch nicht gut genug, um es ihren Mandanten mit einiger Routine, Sicherheit und der in Beratungsfragen ja oft entscheidenden eigenen Erfahrung zu empfehlen und bei der Gegenseite anzuregen.¹ Zwischen den Konfliktparteien bestehenden Verträge enthalten noch nicht regelmäßig Mediationsklauseln, und wenn, sind diese häufig noch nicht zur Anwendung gelangt.
- 3 So kommt es, dass in Deutschland wohl erst ein Bruchteil der Streitig werdenden Auseinandersetzungen den Weg in ein Mediationsverfahren findet. Zugleich werden diejenigen Konflikte, die diesen Weg nehmen, in durchschnittlich etwa drei Viertel aller Fälle dort auch einvernehmlich gelöst. Entscheidend ist damit, diesen **Weg in die Mediation** zu finden. Ist dieser Weg einmal eingeschlagen, stehen die Chancen auf eine zügige einvernehmliche Beilegung des Konflikts gut.
- 4 Das **Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung**² und das in dessen Artikel 1 enthaltene **Mediationsgesetz** regeln den Weg in die Mediation nur rudimentär. § 2 Abs. 1 MediationsG bestimmt lediglich: „Die Parteien wählen den Mediator aus“. Weitere Bestimmung über die Einleitung des Mediationsverfahrens enthält das Mediationsgesetz selbst nicht. Hier bleibt also erheblicher Spielraum für vertragliche Gestaltung (Abschnitt II).
- 5 Im Zuge des Mediationsgesetzes wurden zudem die Wege in das so genannte **Güterichterverfahren** (bislang: **gerichtsinterne Mediation**) sowie in eine außergerichtliche Mediation aus Anlass eines Gerichtsverfahrens (**gerichtsnahe Mediation**) durch Änderungen der Prozessordnungen neu gestaltet. Zudem wurden gewisse gesetzliche Anreize zur Nutzung der Mediation durch Anpassungen der Verfahrenskostengesetze gesetzt (Abschnitt III).

¹ Zur Bedeutung der Rechtsanwälte als „Türöffner“ zu oder „Weichensteller“ in Mediationsverfahren vgl. *Hacke*, SchiedsVZ 2003, 80; *Hacke* in Klowait/Gläßer, Teil 3 Kapitel 9; *Duve/Eidenmüller/Hacke*, S. 322; vgl. zur Rolle der Rechtsanwälte allgemein auch *Neuenhahn/Neuenhahn*, NJW 2005, 1244 f.; *Beckmann*, DStR 2007, 583; *Hammacher*, SchiedsVZ 2008, 30.

² BGBl. 2012 Teil I Nr. 35 v. 25.7.2012, S. 1577 ff.

Auf allen Wegen in und durch ein Mediationsverfahren sind zudem die materiell-rechtlichen und prozessrechtlichen Wirkungen dieses Verfahrens zu beachten und ggf. vertraglich umzugestalten (Abschnitt IV). 6

II. Vertragliche Wege in die Mediation

Ein Wesensmerkmal der Mediation ist die Freiwilligkeit und Eigenverantwortlichkeit der Parteien. So heißt es bereits in § 1 Abs. 1 MediationsG: „Mediation ist ein vertrauliches und strukturiertes Verfahren, bei dem Parteien mithilfe eines oder mehrerer Mediatoren freiwillig und eigenverantwortlich eine einvernehmliche Beilegung ihres Konflikts anstreben.“ Nach § 2 Abs. 2 MediationsG hat sich der Mediator unter anderem zu vergewissern, dass die Parteien freiwillig an der Mediation teilnehmen. Schließlich können die Parteien nach § 2 Abs. 5 Satz 1 MediationsG die Mediation jederzeit beenden – das ist die Kehrseite ihrer freiwilligen Teilnahme am Verfahren und damit ebenfalls Ausdruck der für die Mediation charakteristischen Freiwilligkeit. 7

Es entspricht somit dem Wesen der Mediation, dass sich Konfliktparteien freiwillig auf ihre Durchführung verständigen. Sie treffen hierüber also eine Vereinbarung und beschreiten folglich einen **vertraglichen Weg in die Mediation**. 8

Dabei sind zwei Regelungskomplexe zu unterscheiden: Zum einen bedarf es einer Vereinbarung der Parteien über die Tatsache, dass überhaupt eine Mediation stattfinden soll. Hier geht es also um das „**Ob und Wann**“ der Mediation und damit um die **Verfahrenswahl und -einleitung**. Zum anderen müssen die Konfliktparteien die genaue Ausgestaltung ihres Mediationsverfahrens regeln. Dadurch beantworten sie die Frage nach dem „**Wie**“ der Mediation oder der **Verfahrensgestaltung**. 9

1. Verfahrenswahl und -einleitung: Die Mediationsvereinbarung

Durch die vertragliche Vereinbarung, dass (und wann) ein Mediationsverfahren stattfinden bzw. beginnen soll, schließen die Parteien eine so genannte Mediationsvereinbarung (vgl. schon Kap. 2, Rz. 1 ff.). Diese kann entweder erst nach Auftreten eines Konflikts und somit **nachträglich** oder – bei unabhängig von einem Konflikt bestehenden (Rechts-)beziehungen – in einem vor Auftreten jeglicher Konflikte zwischen den Parteien geschlossenen sonstigen Vertrag und damit **vorsorglich** geschlossen werden. Wird die Mediationsvereinbarung in einer selbständigen Vereinbarung isoliert geschlossen, spricht man in Anlehnung an die schiedsrechtliche Terminologie von einer **Mediationsabrede** (vgl. zur Schiedsabrede § 1029 Abs. 2 1. Alt. ZPO). Diese ist der häufigste Fall der nachträglichen Mediationsvereinbarung. Wird die Mediationsvereinbarung dagegen in einen sonstigen Vertrag zwischen den Parteien integriert, spricht man von einer **Mediationsklausel** (vgl. zur Schiedsklausel § 1029 Abs. 2 2. Alt. 10

ZPO). Das ist die häufigste Erscheinungsform der vorsorglichen Mediationsvereinbarung.¹

a) Nachträgliche Mediationsvereinbarung

- 11 Der vermeintlich simpelste, in der Praxis aber tatsächlich schwierigste Weg in ein Mediationsverfahren besteht in der nach Auftreten eines Konflikts (und somit nachträglich) getroffenen Vereinbarung dieses Verfahrens zwischen den Parteien. Die Schwierigkeit liegt darin begründet, dass zu dieser Zeit aufgrund des bereits aufgetretenen Konflikts die Fronten zwischen den Parteien bereits verhärtet sind. Jede Seite wird Vorschläge der jeweils anderen Seite im Wesentlichen nur noch als taktische Manöver und entsprechend negativ betrachten. So mag beispielsweise eine Konfliktpartei den Vorschlag der anderen Partei zu einer Mediation als Verzögerungstaktik wahrnehmen oder Vorschläge zu bestimmten potentiellen Mediatoren kritisch auf vermeintliche Vorzüge dieser Personen gerade für die sie vorschlagende andere Partei hinterfragen. Es herrscht das Kalkül vor: „Wenn *die* das jetzt vorschlagen, dann muss für *uns* daran etwas schlecht sein.“
- 12 Die apodiktische Feststellung in § 2 Abs. 2 MediationsG: „Die Parteien wählen den Mediator aus“ verrät daher nur wenig von den tatsächlichen Schwierigkeiten auf diesem Weg in eine Mediation.
- 13 Fehlt es allerdings an einer vorsorglichen Mediationsvereinbarung in Form einer Mediationsklausel (sei es, weil zwischen den Parteien gar keine vertraglichen Beziehungen bestehen, in die diese hätte aufgenommen werden können, sei es, weil ein zwischen den Parteien bestehender Vertrag keine Mediationsklausel enthält), gilt es nach Möglichkeiten zu suchen, diese strategischen Hürden auf dem Weg zum Abschluss einer nachträglichen Mediationsabrede zu überwinden.
- 14 Hierbei hilft es, sich (und der anderen Partei) einige Grundprinzipien der Mediation bewusst zu machen:
 - Ein Mediationsverfahren ist im Vergleich zu anderen Konfliktbeilegungsverfahren schnell und kostengünstig.
 - Ein Mediationsverfahren ist vertraulich und – bei richtiger Gestaltung – vor Ausnutzung in einem nachfolgenden Gerichts- oder Schiedsgerichtsverfahren geschützt.
 - Ein Mediationsverfahren ist **keine Alternative zu einem Schieds- oder Gerichtsverfahren**, sondern vielmehr ein diesem nur **vorgeschalteter** weiterer Versuch einer einvernehmlichen Lösung. Scheitert die Mediation, bleibt der Weg zum Gericht oder Schiedsgericht unverändert offen. Die Mediation bietet daher ein Mehr und nicht ein Weniger an prozessualen Möglichkeiten.

¹ Vgl. ausführlich Hacke, S. 31 ff.

- Durchschnittlich ca. 75 % aller Mediationsverfahren führen zu einer einvernehmlichen Konfliktbeilegung. Entsprechend hoch ist *ex ante* die Wahrscheinlichkeit, dass ein Mediationsverfahren mit einer Einigung abgeschlossen wird. Somit sind zusätzliche Kosten und Dauer eines etwaig nachfolgenden kontradiktorischen Verfahrens nur mit einer Wahrscheinlichkeit von ca. 25 % „einzupreisen“; vgl. hierzu ausführlich Kap. 10.¹
- Eine einvernehmliche, selbst gestaltete und damit kontrollierte Konfliktlösung (und sei sie durch eine Mediation erreicht) liegt häufig eher im Interesse der Konfliktparteien als ein langwieriger Rechtsstreit mit ungewissem Ausgang und entsprechenden Risiken (insbesondere die beratenden Rechtsanwälte sollten diese Interessenlage ihrer Mandanten stets im Auge behalten). Zudem ist sie zumeist haltbarer und belastbarer als eine von Dritten oktroyierte Lösung.
- Die Bereitschaft zur Durchführung einer Mediation beinhaltet **kein Präjudiz zur eigenen Vergleichsbereitschaft, sie ist insbesondere kein Zeichen eigener Schwäche**. Vielmehr signalisiert sie lediglich die Absicht, vor Einleitung eines kontradiktorischen Verfahrens alle **Möglichkeiten** einer einvernehmlichen Lösung vollständig auszuloten, um sodann im Vergleich zur besten verfügbaren einvernehmlichen Lösung und damit aufgeklärt über diese Einleitung entscheiden zu können. Sie ist daher vollständig rational begründet und beinhaltet keinerlei Aussage zu Stärken oder Schwächen der eigenen Position. Hinzu kommt: Selbst wenn die andere Partei in der Bereitschaft zur Mediation ein Zeichen von Schwäche erblicken sollte, knüpfen sich daran keinerlei negativen Konsequenzen: Es bleibt der insoweit missverstandenen Partei unbenommen, in der Mediation „stark“ zu verhandeln und diese notfalls auch abubrechen, wenn sich herausstellt, dass ihre Alternativen außerhalb der Mediation (z.B. in einem Gerichtsprozess) besser sind als das beste zu erzielende Mediationsergebnis.
- In Summe bietet die Mediation erhebliche Chancen bei geringen Risiken.

Jeder Vorschlag zu einer Mediation nach Auftreten eines Konflikts sollte diese positiven Aspekte und die daran geknüpften gemeinsamen Interessen der Parteien betonen.² 15

Der Vorschlag zur Mediation sollte wie jeder andere Vorschlag in Verhandlungen zudem so ausgestaltet und kommuniziert werden, dass er für die andere Seite potentiell **zustimmungsfähig** ist oder wird. Berücksichtigt man hierbei einige taktische und praktische Maßgaben, können 16

¹ Duve/Eidenmüller/Hacke, S. 297 ff.

² Vgl. zur Rolle der Rechtsanwälte bei der Gestaltung von Mediationsvereinbarungen auch Hacke in Klowait/Gläßer, Teil 3 Kapitel 9 Rz. 23 ff.

die strategischen Hindernisse auf dem Weg zu einer Mediationsabrede häufig überwunden werden.¹

- 17 Zunächst sollte der Konflikt analysiert und auf dieser Basis begründet werden, warum die Mediation für *diesen* Konflikt geeignet erscheint. Die hier-nach erkannten Gründe sollten der anderen Partei offen mitgeteilt werden (z.B. ein eigenes und/oder bei der anderen Partei vorhandenes Interesse an der Aufrechterhaltung einer Geschäfts- oder sonstigen Beziehung oder einer bestimmten Gestaltung der Zukunft; ein Interesse an einer schnellen und kostengünstigen Lösung; der Wunsch nach Vertraulichkeit; eine besondere Komplexität des Konflikts mit entsprechenden Unwägbarkeiten in kontradiktorischen Verfahren; besondere emotionale Aspekte, die in einem kontradiktorischen Verfahren nicht berücksichtigt würden; Schwierigkeiten in der Rechtsdurchsetzung bei internationalen Konflikten etc.).
- 18 Sodann sollte hinterfragt werden, welche Vorkenntnisse über die Mediation bei der anderen Partei erwartet werden dürfen. Darauf angepasst sollte der Vorschlag eine Darstellung des Ablaufs einer Mediation in einzelnen Phasen und ihrer Charakteristika (vor allem Freiwilligkeit und damit verbunden die jederzeitige Möglichkeit der Beendigung der Mediation, selbst zu gestaltende Lösung und damit volle Ergebniskontrolle [kein Drittent-scheid], Neutralität des Mediators und Vertraulichkeit) enthalten. Dabei sollte stets betont werden, dass das Verfahren erhebliche Chancen, aber zugleich kaum Risiken mit sich bringt (vgl. oben Rz. 1).
- 19 Schließlich sollten eine Form und ein Medium für die Unterbreitung des Vorschlags gewählt werden, die die höchsten Chancen auf Zustimmung durch die andere Partei erwarten lassen.
- 20 Dazu zählt die Entscheidung, ob der Vorschlag schriftlich oder mündlich unterbreitet wird und wie er sprachlich „eingekleidet“ werden soll. Dabei empfiehlt es sich, auf Drohgebärden und sonstige typisch kontradiktorische Kommunikation wie Fristsetzungen etc. zu verzichten, um inhaltlich und stilistisch bereits eine für die Mediation geeignete Haltung zu signalisieren.²
- 21 Auch wer als Autor des Vorschlags auftritt, sollte gut überlegt sein. In der Regel wird es sich auch bei anwaltlich vertretenen Parteien eher empfehlen, dass der Vorschlag von der Partei selbst stammt (und sei er durch den Anwalt vorformuliert). Auch das entspricht als Ausdruck von Eigenverantwortlichkeit eher der Mediation. Bestehen innerhalb einer Partei verschiedene Hierarchieebenen, ist es häufig hilfreich, den Vorschlag über die höchste verfügbare Ebene auf die entsprechende Ebene der anderen Partei zu transportieren, um so die Ernsthaftigkeit und Bedeutung zu unterstreichen und zu signalisieren, dass der Vorschlag „von oben“ gebilligt

¹ Vgl. zu den folgenden Aspekten *Risse*, § 3 Rz. 59 ff.

² So auch *Risse*, § 3 Rz. 63 mit einem Formulierungsvorschlag für ein entsprechendes Schreiben in Rz. 66.

ist. Steht zu besorgen, dass alle eigenen Vorschläge von der anderen Seite so stark reaktiv abgewertet werden, dass sie nicht mehr ernsthaft erwogen werden, kann versucht werden, den Vorschlag über Dritte zu lancieren. Hier bieten sich gemeinsame Vertrauenspersonen (z.B. ein gemeinsamer Steuerberater oder Geschäftspartner, ein weiteres Familienmitglied bei Familienkonflikten oder eine im Hintergrund des Konflikts stehende Bank) oder sonstige neutral zwischen den Parteien stehende Personen an. Denkbar ist auch, dass die das Mediationsverfahren anregende Partei sich an eine Mediationsinstitution wendet und diese sodann den Vorschlag an die andere Partei transportiert (s. zur institutionellen Mediation noch ausführlich unter Rz. 50 ff.). In all diesen Fällen trägt die Autorenschaft des Dritten dazu bei, dass der Adressat den Vorschlag weniger stark als strategischen Winkelzug der anderen Partei wahrnimmt und ihm somit möglicherweise positiver gegenübersteht.

Ist man selbst der Adressat eines Vorschlags seines Kontrahenten zur Durchführung einer Mediation, sollte man diesen nicht leichtfertig ablehnen. Selbst wer von seiner eigenen Position überzeugt ist (wie die meisten Konfliktparteien), gewinnt man in Mediationsverfahren häufig wertvolle neue Erkenntnisse und erlebt nicht selten sogar, dass sich darin eine Lösung des Konflikts erzielen lässt, die die eigenen Interessen mindestens ebenso gut verwirklichen lässt wie die Durchsetzung (scheinbar) verfügbarer Rechtspositionen, zugleich aber auch die Interessen der anderen Partei berücksichtigt und dabei weniger Zeit und Geld kostet. Auch hier sollte die Überzeugung vorherrschen, dass die Mediation erhebliche Chancen bietet und zugleich nur sehr geringe (bis keine) Risiken birgt. 22

b) Vorsorgliche Mediationsvereinbarung

Haben oder begründen Parteien untereinander eine rechtliche Beziehung in einem Vertrag, so bietet es sich an, in diesen **vorsorglich** eine Regelung zur Behandlung von innerhalb dieser Beziehung auftretenden Konflikten aufzunehmen. Wird hierbei vorsorglich die Durchführung einer Mediation vereinbart, spricht man von einer **Mediationsklausel** (ausführlich schon Kap. 2).¹ Durch die Vereinbarung einer solchen Klausel werden die oben erst nach Auftreten eines Konflikt beschriebenen strategischen Hindernisse auf dem Weg in die Mediation umgangen: Die Parteien vereinbaren hier bereits zu „Friedenszeiten“ – und damit in einer nicht von strategischen Fragen belasteten Zeit – die Behandlung etwaiger zukünftiger Konflikte. Das fällt erfahrungsgemäß um ein Vielfaches leichter als zu Zeiten, in denen ein Konflikt bereits aufgetreten ist und die Parteien sich hierzu bereits positioniert haben. 23

Halten die Vertragsparteien (oder ihre Anwälte) die Mediation für ein geeignetes Verfahren zur Lösung etwaiger Konflikte aus dem Vertragsver- 24

¹ S. hierzu *Eidenmüller*, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, S. 8 ff. und *Hacke*, S. 31 ff.

Nach dem Vorstehenden wäre es nicht richtig, das **Eröffnungsstatement des Mediators** in der ersten Mediationssitzung als den Beginn einer Mediation anzusehen.¹ Zutreffend ist dies nur dann, wenn der Mediatorvertrag erst nach diesem Eröffnungsstatement geschlossen wird. Dies kann im Einzelfall so sein, auch wenn es unüblich ist. Ist der Mediatorvertrag bereits vorher im Umlaufverfahren gezeichnet worden (s. dazu oben Rz. 12), markiert das Eröffnungsstatement in der ersten Mediationssitzung zwar nicht den Beginn der Mediation, aber doch den Beginn der ersten, durch den Mediator unterstützten Verhandlung zwischen den Parteien. In seinem Eröffnungsstatement wird der Mediator regelmäßig nochmals wesentliche Grundsätze der Mediation skizzieren, insbesondere die Freiwilligkeit der Teilnahme und einer möglichen Abschlussvereinbarung sowie die Vertraulichkeit des Verfahrens. Gleichzeitig wird er den Parteien Gelegenheit geben, Fragen zu stellen und das Ziel der Mediation, den Mediationsstil sowie die Rolle aller Beteiligten gemeinsam mit ihm zu erörtern. Für die präzise Festlegung der Rechte und Pflichten der Beteiligten, insbesondere des Leistungsprogramms des Mediators, ist diese Erörterung wichtig (s. Kap. 4, Rz. 47). Üblicherweise werden anlässlich des Eröffnungsstatements auch wesentliche Regeln des Umgangs miteinander in der Mediation festgelegt, so etwa **grundlegende Gesprächsregeln** wie diejenige, dass man sich gegenseitig ausreden lässt etc. Aus Sicht des Mediators geht es bei dem Eröffnungsstatement neben der Diskussion über Grundregeln und die Art der Mediation vor allem darum, Rapport mit den Parteien aufzubauen, also eine von Vertrauen und Empathie getragene Beziehung.² Er ist die Voraussetzung dafür, dass sich die Parteien in der Mediation und durch diese von dem Mediator führen lassen.

III. Verfahrensablauf

Wie eine Mediation im Einzelfall abläuft, hängt von der autonomen Gestaltung der Beteiligten ab. Das betrifft das **Mediationsziel**, das **Mediationsformat** (*facilitative*, *evaluative* oder *transformative mediation*), die **Art der geführten Verhandlungen**, die **Rollen der Beteiligten** und vieles mehr. Häufig werden Mediationen in Deutschland in einer oder mehreren Mediationssitzungen mit allen Beteiligten gemeinsam (Plenumsverhandlung) geführt, es werden verschiedene Phasen der Mediation unterschieden und das Format ist dasjenige einer *facilitative mediation*, also einer Mediation, bei der es darum geht, dass die Parteien unter Anleitung des Mediators möglichst gute, wertschöpfende Lösungen entwickeln, wobei sich der Mediator mit Bewertungen zurückhält (s. Kap. 1, Rz. 66). An diesem Mediationstypus orientieren sich die folgenden Überlegun-

¹ Zu diesem Eröffnungsstatement s. *Duve/Eidenmüller/Hacke*, S. 123 f.; *Risse*, § 5 Rz. 4.

² *Duve/Eidenmüller/Hacke*, S. 123 f.

gen. Zum Schluss des Abschnitts wird aber auch auf die *caucus*-Mediation eingegangen.

1. Plenums-Mediation nach dem Phasenmodell

a) Einzelne Phasen

- 16 Eine Plenums-Mediation nach dem typischerweise in fünf Abschnitte untergliederten¹ **Phasenmodell** beginnt regelmäßig mit dem Eröffnungstatement des Mediators (s. dazu bereits oben Rz. 14). Daran schließt sich eine Phase der Sachverhaltserforschung an, in der es darum geht, unterschiedliche Sichtweisen der Parteien zu ermitteln und ggf. auch bereits erste Übereinstimmungen festzustellen. Primäres Ziel ist es, allen Medianten Gehör für ihre jeweilige Sicht der Dinge zu geben und damit gleichzeitig die Empathie aller Beteiligten zu fördern. Gleichwohl ist diese Phase der Mediation noch vergangenheitsorientiert. In einer weiteren Phase schließt sich daran die Erforschung der Interessen der Beteiligten an. In dieser Phase sollen tieferliegende Wünsche, Bedürfnisse und Ziele ermittelt werden. Das ist das Baumaterial, um in der nächsten Phase der Mediation gemeinsam mit den Parteien möglichst viele wertschöpfende Lösungen zu entwickeln. Die ermittelten Lösungen werden sodann diskutiert und bewertet, und die Parteien verhandeln sodann abschließend über eine mögliche Einigung und ggf. eine Abschlussvereinbarung (s. zu diesem Phasenmodell bereits ausführlich Kap. 1, Rz. 69 f.). In komplexen, stark distributiv geprägten Mediationen liegt auf dieser Phase der (zeitliche) Schwerpunkt.
- 17 In allen soeben angesprochenen Phasen wendet der Mediator **unterschiedliche Mediationstechniken** an (s. dazu Kap. 1, Rz. 74 ff.). Dazu gehören insbesondere Kommunikations- und Visualisierungstechniken, aber auch diverse analytische Methoden. Die wesentliche Aufgabe des Mediators zu Beginn der Mediation ist es, durch aktives Zuhören Verständnis bei der jeweiligen Gegenseite für die Sichtweisen ihres Gegenübers zu schaffen, sodann im weiteren Verlauf den Unterschied zwischen Interessen und Positionen deutlich zu machen und mit den Parteien gemeinsam ihre Interessen sowie deren jeweilige Priorisierung zu ermitteln. In der Phase der Lösungsentwicklung geht es darum, dass der Mediator die Kreativität der Beteiligten stimuliert,² und bei der Bewertung und dem Ausverhandeln einer tatsächlich konsensfähigen Lösung schließlich darum, dass er

1 Für eine breiter gefächerte Einteilung des Mediationsverfahrens s. *Diez*, Werkstattbuch Mediation, S. 95; *Picker*, Mediation Practice Guide, S. 27 ff.; enger *Frenkel/Stark*, The Practice of Mediation, S. 125; *Kovach*, Mediation, S. 158 ff.

2 S. dazu *Clay/Hoenig*, Disp. Resol. J. 52 (1997), 9; s. auch *Kessen/Troja* in Haft/Schlieffen, § 13 Rz. 46 ff., sowie den Überblick über denkbare Kreativitätstechniken bei *Fritz/Pielsticker/Etscheit*, Methodik und Anwendungsbereiche der Mediation II, Rz. 54.

Verteilungskämpfe zu moderieren versteht.¹ Ein guter Mediator wird man nicht allein dadurch, dass man die einschlägigen Techniken erlernt und einübt. Wesentlich sind darüber hinaus eine mediative, empathische Grundhaltung sowie reflektierte, jahrelange Erfahrung (zur Mediation als Beruf s. im Einzelnen Kap. 9).² Haltung, Techniken und reflektierte Erfahrung sind die Grundlagen für Ethik und Professionalität des Mediatorenberufs.³

b) Kommunikationsförderung und Parteilichkeit

Das MediationsG thematisiert einzelne Aspekte einer Plenums-Mediation nach dem Phasenmodell und die den Mediator in diesem Zusammenhang treffenden Pflichten in § 2 Abs. 3 Satz 2. Danach fördert der Mediator die **Kommunikation der Parteien** und gewährleistet, dass diese in **angemessener und fairer Weise in die Mediation eingebunden** sind. Daraus folgt insbesondere eine Pflicht des Mediators, Empathie zugunsten der jeweiligen Sichtweisen der Parteien zu entwickeln, diesen jeweils aktiv zuzuhören und durch die Gestaltung des Verfahrens jeder Partei die Möglichkeit zu geben, ihre Sichtweisen und Einschätzungen angemessen darzustellen, also „zu Wort zu kommen“. Auf diese Weise ist es die Aufgabe des Mediators, Schritt für Schritt eine unmittelbare Kommunikation zwischen den Parteien – im Wege der Brückenkommunikation – wieder aufzubauen – zu Beginn einer Mediation ist diese unmittelbare Kommunikation nämlich regelmäßig hochgradig gestört oder sogar ganz abwesend (s. zur Brückenkommunikation über den Mediator sogleich Rz. 21). Keine Verpflichtung hat der Mediator demgegenüber aus § 2 Abs. 3 Satz 2 MediationsG, für die Angemessenheit oder Fairness eines etwa in der Mediation erreichten Ergebnisses zu sorgen (dazu ausführlich Kap. 4, Rz. 72 sowie oben Rz. 8). Die in § 2 Abs. 3 Satz 2 MediationsG normierten Mediatorpflichten sind deshalb praktisch nicht justiziabel. Sie haben, ebenso wie bestimmte Regelungen in einem Mediatorvertrag, die die Parteien zu einer konstruktiven Mitarbeit auffordern, im Kern eher einen Appellcharakter.

c) Einzelgespräche

Einzelgespräche sind für eine Plenums-Mediation nach dem Phasenmodell nicht charakteristisch.⁴ Das bedeutet jedoch nicht, dass sie dort keine Rolle spielten. Praktisch werden sie vor allem in der Phase der Lösungsbewertung sowie der Ausverhandlung einer möglichen Lösung eingesetzt, um eine Mediation zielführend und ohne Eskalation zum Ab-

1 Zu der Auflösung von Blockaden in der Mediation s. *Eidenmüller*, ZKM 2013, 4.

2 *Duве/Eidenmüller/Hacke*, S. 159.

3 Vgl. dazu *Feerick*, S. Tex. L. Rev. 8 (1997), 455; *Feerick/Izumi/Kovach/Love/Moberly/Riskin/Sherman*, J. Disp. Resol. 1995, 95.

4 So aber *Picker*, Mediation Practice Guide, S. 32.

schluss bringen zu können.¹ Auch in der Phase der Interessenermittlung werden Einzelgespräche immer wieder genutzt, in diesem Fall vor allem dazu, um einer Partei die Möglichkeit zu geben, Ziele/Wünsche/Interessen zu offenbaren, die sie der anderen gegenüber nicht mitteilen möchte.² Schließlich kommen Einzelgespräche insbesondere auch im Zusammenhang mit der Anwendung analytischer Techniken wie der **Prozessrisikoanalyse**³ zum Einsatz, bei der es darum geht, nach der gemeinsamen Erstellung eines Entscheidungsbaumes subjektive Wahrscheinlichkeitseinschätzungen zu gewinnen und diese dann kritisch im Gespräch mit den jeweils Beteiligten zu überprüfen.⁴ Keine Partei ist geneigt, Schwächen in der eigenen Position vor den Augen der jeweils anderen zuzugeben.

- 20 § 2 Abs. 3 Satz 3 MediationsG regelt Einzelgespräche dahingehend, dass ein Mediator diese im allseitigen Einverständnis führen kann, dafür also die Zustimmung aller Beteiligten benötigt. Das ist eine Selbstverständlichkeit. Einzelgespräche, die ein Mediator ohne Zustimmung aller Beteiligten mit einer Seite führt bzw. führen würde, würden seine neutrale Position (§ 2 Abs. 3 Satz 1 MediationsG) unterminieren und im Falle ihres Bekanntwerdens vermutlich zur sofortigen Beendigung der Mediation und des Mediatorvertrages durch die ausgeschlossene Partei führen (§ 2 Abs. 5 Satz 1 MediationsG). Häufig wird die Zulässigkeit von Einzelgesprächen bereits im Mediatorvertrag geregelt. Zwingend ist dies nicht. Sehr häufig gestalten sich die Abläufe vielmehr so, dass ein Mediator dann, wenn er die Führung eines Einzelgesprächs für sinnvoll hält, dies *ad hoc* in der Mediation vorschlägt und die Beteiligten um ihre Zustimmung hierzu bittet.
- 21 Einzelgespräche können **vertraulich** sein, müssen dies aber keineswegs. Insbesondere gibt es keinen Grundsatz dergestalt, dass Einzelgespräche etwa prinzipiell vertraulich zu sein hätten.⁵ Die Funktion von Einzelgesprächen kann sich beispielsweise darauf beschränken, dass über den Mediator eine Brückenkommunikation etabliert wird, die es den Beteiligten ermöglicht, erstmals wirklich zu hören, was die jeweils andere Seite über einen bestimmten Konflikt sagt und wie sie diesen sieht. Während man der jeweils anderen Seite in einer eskalierten Situation möglicherweise direkt gar nicht mehr zuhört bzw. zuhören kann, wird dies über die Brücke des Mediators möglich. Natürlich ist es richtig, dass Einzelgespräche *auch* die Funktion haben können, es einer Partei zu erlauben, dem Mediator vertrauliche Informationen mitzuteilen. Das ist je-

¹ Duve/Eidenmüller/Hacke, S. 240 ff.

² S. zum „richtigen“ Zeitpunkt für Einzelgespräche Duve/Eidenmüller/Hacke, S. 179 f., S. 240 ff.; Moore, S. 370 f.; Risse, § 7 Rz. 92.

³ S. dazu Duve/Eidenmüller/Hacke, S. 243 ff.; ausführlich Eidenmüller, ZZP 113 (2000), 5.

⁴ Duve/Eidenmüller/Hacke, S. 244 f.

⁵ Unrichtig Risse, § 7 Rz. 99; Greger/Unberath, § 2 Rz. 146; offener Moore, S. 376 f.

doch immer eine Frage des Einzelfalles. Als Kommunikationsregel und zur Entlastung des Mediators empfiehlt es sich, für Einzelgespräche das Grundprinzip zu etablieren, dass alles, was mitgeteilt wird, auch der anderen Seite mitgeteilt werden darf, außer, wenn eine bestimmte Information explizit als vertraulich designiert wird (s. dazu Kap. 4, Rz. 69).

Ein Mediator, der Einzelgespräche führt, sollte deren Zweck vorher gegenüber allen Beteiligten spätestens zu dem Zeitpunkt deutlich machen, zu dem er um die Zustimmung zur Führung entsprechender Gespräche bittet.¹ Die Einzelgespräche sollten möglichst zeitlich in etwa gleich lang gestaltet werden; üblich ist eine Dauer von etwa einer halben Stunde bis zu zwei Stunden. Praktische Notwendigkeiten, etwa Schwierigkeiten in der Darstellung/Begründung einer bestimmten Auffassung, können einen stark asymmetrischen Zeiteinsatz rechtfertigen – jede Dogmatik sollte insoweit vermieden werden. Das gilt auch für die in der Mediationsliteratur manchmal ausgesprochene Empfehlung, man solle als Mediator die Partei, die gerade nicht mit einem selbst ein Einzelgespräch führt, sinnvoll „beschäftigen“.² In der Regel wissen Mediationsparteien und ihre Anwälte selbst am besten, was sie Sinnvolles in einer entsprechenden Phase tun können und werden. Wenn der Mediator aus dem folgenden Einzelgespräch mit dieser Partei aber einen bestimmten Ertrag ziehen will, der eine spezifische Vorbereitung erfordert (revidierte Verhandlungsposition nach Risikoanalyse, Gespräch mit Aufsichtsrat etc.), kann es sinnvoll sein, diese Partei entsprechend zu instruieren.

d) Einbeziehung Dritter

An einer Mediation nehmen typischerweise persönlich einerseits die Mediationsparteien und andererseits der Mediator teil. Handelt es sich bei den Mediationsparteien um juristische Personen, andere Gesellschaften oder Institutionen, so werden regelmäßig Entscheidungsbefugte oder zumindest **hochrangige Repräsentanten** teilnehmen. Die Zielsetzung geht dahin, alle diejenigen „an den Tisch“ zu bekommen, die verbindlich über die Konfliktlösung befinden können, und zwar in der Mediation, also *ad hoc*. Bei unternehmensexternen Streitigkeiten sind fast immer auch die jeweils eingeschalteten **Rechtsanwälte** involviert. Deren Rolle in einer Mediation unterscheidet sich fundamental von derjenigen in einem streitigen Verfahren (*mediation advocacy*).³ Häufig werden auch **sonstige Dritte** dazu gebeten, die für die Konfliktlösung wesentlich sind. Das können etwa Versicherungsgesellschaften sein oder aber Sachverständige, die im Rahmen der Mediation eine (unverbindliche) Expertise zu einem be-

1 Duve/Eidenmüller/Hacke, S. 241; Risse, § 7 Rz. 96 f.

2 Risse, § 7 Rz. 96 f.; s. auch Duve/Eidenmüller/Hacke, S. 241.

3 S. Duve/Eidenmüller/Hacke, S. 322 ff.; Frenkel/Stark, The Practice of Mediation, S. 323 ff.; Hacke, SchiedsVZ 2004, 80; Klowait/Gläßer/Hacke, Mediationsbegleitung durch Rechtsanwälte; Neuenhahn/Neuenhahn, NJW 2005, 1244 (1246); s. auch Cooley, Mediation Advocacy, 2. Aufl. 2002.

stimmten Punkt abgeben,¹ im Einzelfall – etwa im Bereich der Familienmediation – auch Personen, die über fallspezifisches psychosoziales Hintergrundwissen verfügen.²

- 24 § 2 Abs. 4 MediationsG enthält nun zu diesen Fragen eine (dispositive) Regelung. Danach können Dritte nur mit Zustimmung aller Parteien in die Mediation einbezogen werden. In der Gesetzesbegründung und im Schrifttum ist die Frage aufgeworfen worden, ob **Rechtsanwälte „Dritte“** im Sinne dieser Vorschrift sind. Die Gesetzesbegründung bejaht dies,³ und dem folgt auch das Schrifttum.⁴ Dem ist zuzustimmen. Dritte im Sinne des § 2 Abs. 4 MediationsG sind alle nicht an dem Mediatorvertrag Beteiligten,⁵ und auch wenn Rechtsanwälte häufig in dem Mediatorvertrag genannt werden (s. dazu Kap. 4, Rz. 15), so sind sie doch nicht Partei dieses Vertrages.⁶ Die Vertretung durch Rechtsanwälte ist in einer Mediation auch, anders als in einem streitigen, rechtsorientierten Verfahren, kein fundamentales Recht jeder Mediationspartei, so dass diese Interpretation des § 2 Abs. 4 MediationsG auch sachlich gerechtfertigt ist.⁷ Größere praktische Bedeutung kommt der Frage allerdings nicht zu. In der Vorbesprechung zu einer Mediationssitzung bzw. spätestens in dem Eröffnungsstatement wird der Mediator mit den Parteien die Frage klären, wer an der Mediationssitzung zu welchen Zeitpunkten teilnehmen soll. Gegen den Willen einer Mediationspartei kann eine Teilnahme Dritter niemals erzwungen werden, kann doch jede Mediationspartei nach § 2 Abs. 5 Satz 1 MediationsG die Mediation jederzeit beenden. § 2 Abs. 4 MediationsG ist deshalb eine praktisch bedeutungslose Regelung, wie viele andere Regelungen des MediationsG auch.

e) Einigungsbezogene Pflichten

- 25 Etwa 70–90 Prozent aller Mediationen enden mit einer Einigung der Mediationsparteien in der Sache, also einer gütlichen Beilegung des jeweiligen Konfliktes.⁸ Welchen Charakter diese Einigung hat, hängt von der Struktur der Mediation ab. Bei unternehmensexternen Mediationen wird

1 Für ein praktisches Beispiel (unverbindliches Kurzgutachten eines neutralen Sachverständigen zu Problemen mit einem Computerchip in einem Konflikt zwischen dem Chip-Hersteller und einem Automobilzulieferer) s. *Duve/Eidenmüller/Hacke*, S. 71.

2 *Diez*, Werkstattbuch Mediation, S. 141 ff.

3 BT-Drucks. 17/5335, S. 15.

4 S. etwa Greger/*Unberath* § 2 Rz. 134; Klowait/*Gläßer*, § 2 Rz. 158; Fritz/*Pielsticker*, § 2 Rz. 104; *Risse*, SchiedsVZ 2012, 244 (248); krit. *Duve*, ZKM 2012, 108 (109).

5 Greger/*Unberath* § 2 Rz. 133.

6 Etwas anderes gilt natürlich in den Fällen, in denen Rechtsanwälte tatsächlich Partei (und nicht Rechtsvertreter) sind, wie etwa in einer Mediation bzgl. eines Anwaltshaftungs-Falles.

7 S. rechtsvergleichend *Hopt/Steffek* in *Hopt/Steffek*, S. 3 (54).

8 *Duve/Eidenmüller/Hacke*, S. 64; ausführlich zum Stand der empirischen Forschung *Steffek*, ZEuP 2013, 528 (530 ff.).

es sich häufig um einen **Mediationsvergleich** (§ 779 BGB) handeln (s. Kap. 4, Rz. 73). Bei unternehmensinternen Streitigkeiten wird als Abschlussvereinbarung häufig ein Dokument erstellt, das (rechtlich unverbindliche) Prinzipien oder Regeln für den weiteren Umgang miteinander enthält (s. Kap. 4, Rz. 73).

§ 2 Abs. 6 des MediationsG stipuliert eine Reihe von **Pflichten, die den Mediator im Zusammenhang mit der Verhandlung und Verabschiedung einer Abschlussvereinbarung treffen**. Danach soll der Mediator im Falle einer Einigung darauf hinwirken, dass die Parteien die Vereinbarung in Kenntnis der Sachlage treffen und ihren Inhalt verstehen (Satz 1). Er hat die Parteien, die ohne fachliche Beratung an der Mediation teilnehmen, auf die Möglichkeit hinzuweisen, die Vereinbarung bei Bedarf durch externe Berater überprüfen zu lassen (Satz 2). Mit Zustimmung der Parteien kann schließlich die erzielte Einigung in einer Abschlussvereinbarung dokumentiert werden (Satz 3). 26

Die in § 2 Abs. 6 MediationsG niedergelegten Pflichten sind bereits bei der Analyse der Rechtsstellung des Mediators Gegenstand einer ausführlichen Diskussion gewesen. Darauf wird an dieser Stelle verwiesen (s. Kap. 4, Rz. 71 ff.). Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass die in § 2 Abs. 6 Satz 3 MediationsG normierte Bestimmung, nach der die erzielte Einigung „mit Zustimmung der Parteien“ in einer Abschlussvereinbarung dokumentiert werden kann, ebenso wie etwa die soeben diskutierte Einbindungsmöglichkeit Dritter mit Zustimmung aller Parteien (§ 2 Abs. 4 MediationsG) eine praktische Selbstverständlichkeit ausdrückt. Kein Mediator wird eine Einigung in einer Abschlussvereinbarung (schriftlich) dokumentieren, wenn eine Partei oder gar alle Parteien dies nicht wollen. 27

2. *Caucus-Mediation*

Plenums-Mediationen nach dem Phasenmodell sind in Europa häufig, wenn nicht sogar überwiegend anzutreffen, insbesondere in Kontinentaleuropa. Aber auch die **caucus-Mediation**, die in den USA die Mediationspraxis dominiert, wird in Europa praktiziert, und zwar nach Beobachtungen des Verfassers sogar mit steigender Tendenz. Bei ihr pendelt der Mediator in Einzelgesprächen zwischen den Beteiligten hin und her. Im Extremfall sehen sich diese während der Mediationssitzung nicht ein einziges Mal, nicht einmal zu einem Eröffnungsstatement (zur *caucus-Mediation* s. im Einzelnen Kap. 1, Rz. 71 f.). Die Einzelgespräche des Mediators bei einer *caucus-Mediation* sind grundsätzlich nicht vertraulich (s. dazu oben Rz. 21). Sie haben vielmehr den Zweck, eine Brückenkommunikation zwischen den Parteien während der gesamten Mediation aufrecht zu erhalten. Gleichzeitig soll ein Verhandlungsprozess zwischen den Beteiligten in Gang gesetzt werden, der dazu führt, dass diese Angebote und Gegenangebote austauschen und so möglicherweise eine Einigung erzielen. 28