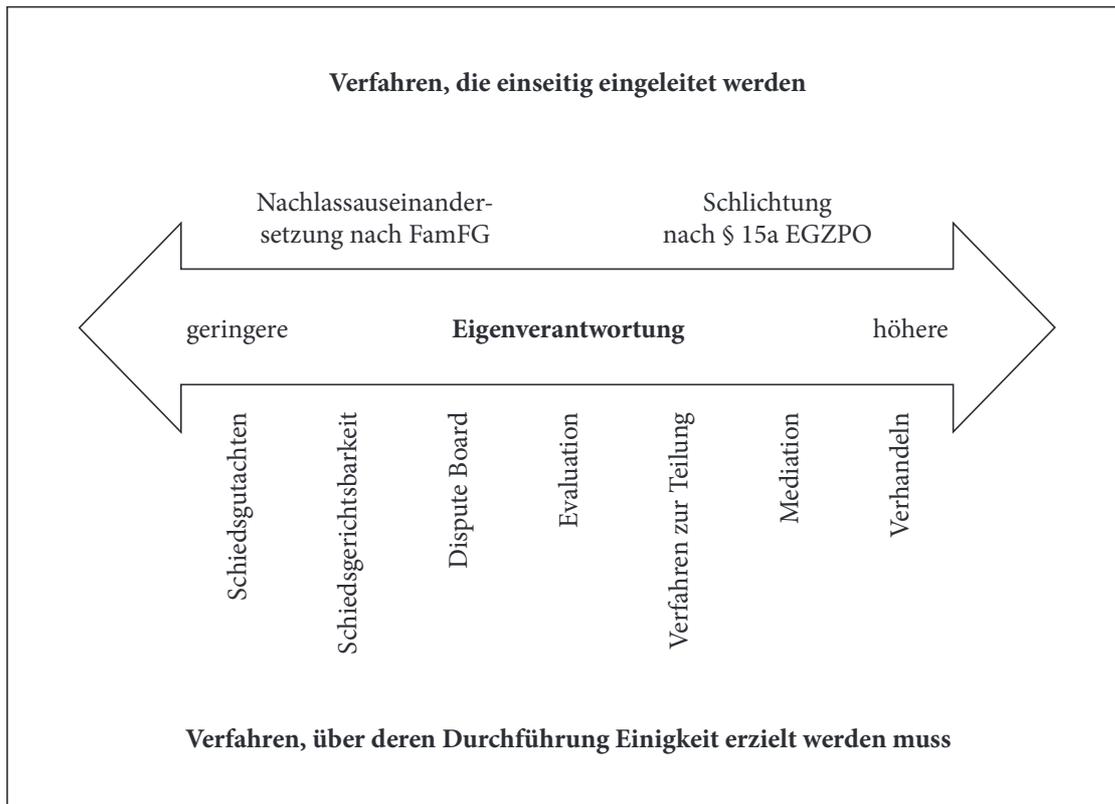


I. Überblick	2	b) Sachliche Einigungshindernisse	48
1. Regelungen zur Verhandlungsführung . .	3	aa) Inkonsistente Interessen, Interessengegensätze zwischen Vertreter und Vertretenem	49
2. Mediation und Schlichtung	4	bb) Versteckte Interessen, Erwartungen der Parteien	52
3. Evaluative Verfahren	5	cc) Fehlende und fehlerhafte Information	54
4. Nachlassauseinandersetzung	6	c) Kognitive Einigungshindernisse	56
5. Verfahren zur Teilung	7	aa) Überoptimismus	57
6. Schiedsgutachten, Schiedsgerichtsbarkeit, Dispute Board	8	bb) Selektive Wahrnehmung, fehlerhafte Zuschreibungen	60
7. Vertragsvollzug	11	cc) Reaktive Abwertung	63
II. Die Eignung verfahrenssteuernder Vereinbarungen: Kriterien für die Entscheidung	12	dd) Verlust-Vermeidung, Saving Face	65
1. Kosten- und Zeitvorteile	17	ee) Komplexität	68
2. Die Steuerung der Verhaltensanreize . .	19	ff) Starke Emotionen	69
3. Vertraulichkeit und die Vermeidung von Präzedenzfällen	23	d) Gesamtschau	70
4. Vollzugsautomatismus und Verfahrenstreue	24	III. Anmerkungen zur Vertragsgestaltungslehre.	71
5. Beschaffenheit des Streitgegenstandes, Art des Konfliktes, Eskalationsstufe	32	1. Gestaltende Planung	72
6. Einigungshindernisse	34	2. Eignungsplanung	74
a) Hindernisse im Verhandlungsprozess	35	3. Vertragstypik und Vertragsgestaltung	76
aa) Strategisches Verhalten	36	4. Vertragsgestaltung durch Parteivertreter und Neutrale	
bb) Fehlender Settlement Event	41	a) Parteiliche Vertragsgestaltung	78
cc) Uneinigkeit über den Verfahrensforgang	44	b) Neutrale Vertragsgestaltung	79
dd) Fehlende Autorität von Vertretern, Nichtteilnahme wesentlicher Parteien und Interessenträger	46		

1 Zunächst sollen hier die wesentlichen Verfahrenselemente der außergerichtlichen Streitbeilegung dargestellt werden, ohne dass letzte Vollständigkeit angestrebt würde. Es geht darum, demjenigen Orientierungshilfe zu geben, der sich einen Gesamtüberblick zu verschaffen sucht. Die umfassende Bewertung und Abwägung der Vor- und Nachteile einzelner Verfahren erfolgen an anderer Stelle: Hierzu unter anderem dienen die Vorbemerkungen, welche den Mustern vorangestellt sind.

Wesentliche Verfahren der außergerichtlichen Streitbeilegung**I. Überblick**

Nahezu jeder Einigung, der ein Interessengegensatz zugrunde liegt, geht eine **Verhandlung** ² voraus, die bestimmten Regeln unterliegt. Verhandeln ist der naheliegendste Weg zur außergerichtlichen Streitbeilegung. Eine Steuerung des Verfahrens findet dann – scheinbar – nicht statt, rechtlich verbindliche Vorgaben für das Verhandlungsgeschehen fehlen weitgehend.¹ Spielregeln gelten aber gleichwohl. Sie entstammen unserem Vorverständnis in sozialer, kultureller und psychologischer Hinsicht.² Es handelt sich um soziale Normen, denen durchaus Gewicht zukommt.³ Verhandeln stellt ein (im Wesentlichen) nur sozial normiertes Vorgehen dar, das Konflikte und Interessengegensätze bearbeitet. Es findet statt, wenn andere Verfahren nicht vereinbart oder einseitig eingeleitet wurden. Der Einzelne

¹ Lediglich Teilbereiche sind von rechtlichen Regelungen erfasst. So etwa in Gestalt des rechtsgeschäftsähnlichen Schuldverhältnisses (§ 311 Abs. 2 BGB) oder in Form strafrechtlicher Tatbestände. Wer beispielsweise im Verhandlungsprozess lügt, kann den Tatbestand des Betruges verwirklichen, § 263 StGB.

² So ist den meisten Menschen das Gegenseitigkeitsprinzip als Grundnorm sozialen Verhaltens eingepflanzt, wonach die Kompromissbereitschaft der einen Seite mit einem vergleichbaren Verhalten der anderen Seite beantwortet werden soll; s. *Chialdini*, *Influence – The Psychology of Persuasion*, 2007, 17 ff. Auch empfindet die Mehrzahl der Menschen die Verpflichtung, rechtlich unverbindliche Zusagen einzuhalten; s. *Chialdini*, *Influence – The Psychology of Persuasion*, 2007, 57 ff.

³ Die Missachtung etwa des genannten Gegenseitigkeitsprinzips wird nicht nur vom Einzelnen in der Regel als ungehörig empfunden, sondern von Verhandlungspartnern und gesellschaftlichem Umfeld negativ sanktioniert.

sollte aber wissen, dass er stets innerhalb eines Regelwerkes agiert. Wer sich auf ein Verfahren der außergerichtlichen Streitbeilegung einlässt, verändert dieses Regelwerk in eigener Verantwortung.

Der nachfolgende Überblick zeigt auf, welche Vielzahl an Möglichkeiten besteht, den Vorgang der außergerichtlichen Streitbeilegung zu verändern und eigenverantwortlich auszugestalten.

1. Regelungen zur Verhandlungsführung

- 3 Die Regelungen zur Verhandlungsführung in Teil 2 greifen in den Verhandlungsprozess ein. Sie belassen den Parteien hohe Eigenverantwortung. Zum einen geht es um die Nachverhandlungsklauseln (s. Kap. 4), mit denen sich Vertragsparteien verpflichten, zu einem späteren Zeitpunkt über bestimmte Vertragsinhalte neu zu verhandeln. Zum anderen können Vereinbarungen über die Vertraulichkeit von Vereinbarungen getroffen werden (s. Kap. 5) und es kann vereinbart werden, welche Hierarchiestufe einer Organisation im Falle eines späteren Konfliktes die Verhandlungen führen muss (s. Kap. 21).

2. Mediation und Schlichtung

- 4 Mediation und Schlichtung stehen zu Recht im Mittelpunkt des Interesses, wenn von außergerichtlicher Streitbeilegung die Rede ist. In der Mediation unterstützt ein neutraler Dritter die Verhandlungen zwischen den Parteien. Teil 3 (Kap. 6 f.) stellt zunächst eine Mediationsvereinbarung vor, wie sie anlässlich eines bereits entstandenen Streitfalles verwendet wird, und sodann eine Verpflichtung zu vorbehaltloser Mediation. Die Benennung des Mediators durch eine dritte Stelle, der Mediatorvertrag, also der Vertrag mit dem Mediator selbst, und eine bloße Vergütungsvereinbarung ergänzen diese Texte.

Schlichtung im hier verwendeten Sinn ist nichts anderes als Mediation aufgrund einer Regelung, die den Begriff Schlichtung verwendet. Sie wird in Teil 4 (Kap. 8 ff.) behandelt. Einmal geht es um das Verfahren nach § 15a EGZPO, das vor allem Nachbarschaftsstreitigkeiten und Ehrverletzungsstreitigkeiten betrifft. Zum anderen wird das Verfahren nach der Schlichtungs- und Schiedsordnung für die außergerichtliche Streitbeilegung baurechtlicher Streitigkeiten vorgestellt.

3. Evaluative Verfahren

- 5 Evaluative Verfahren fördern die Streitbeilegung, indem sie den Parteien helfen, ihre Erfolgsaussichten vor Gericht realistisch einzuschätzen. Sie verringern damit Einigungshindernisse, die sich typischerweise finden, insbesondere Überoptimismus und strategisches Verhalten. Teil 5 (Kap. 11 f.) stellt zwei Varianten evaluativer Verfahren vor: die Prozesssimulation und die Bewertung durch einen neutralen Dritten.

4. Nachlassauseinandersetzung

- 6 Die Vermittlung von Nachlassauseinandersetzungen nach §§ 363 ff. FamFG ist vielen Praktikern unbekannt. Ein Blick in die Ausführungen in Teil 6 (Kap. 13 f.) wird zeigen, dass sie ein attraktives Verfahren darstellt, das stärker genutzt werden sollte.

5. Verfahren zur Teilung

Mit den Verfahren zur Teilung in Teil 7 (Kap. 15 ff.) können Streitgegenstände, insbesondere Sachgesamtheiten, geteilt werden. Diese Verfahren haben ihre Vorteile, etwa Schnelligkeit und die Vermeidung von Kosten. Sie weisen rein distributiven Charakter auf und sind Verhandlungslösungen insoweit unterlegen, als sie nicht auf Kooperationsgewinne abzielen. Die Aufteilung mit alternierendem Wahlrecht und das Losverfahren liefern besonders einfache Lösungen, die sich auch in besonders einfach gelegenen Fällen anbieten werden. Das Adjusted-Winner-Verfahren demgegenüber wird in der Literatur zwar erörtert, ist aber kompliziert und nur für sehr spezielle Situationen nahe liegend. Das Auktionsverfahren geht hier einen Mittelweg zwischen Kompliziertheit und Ergebnisgerechtigkeit, ebenso das Aufteilungs- und Auswahlverfahren. Die Drittscheidung anhand verbindlicher Angebote entstammt wieder eher der Literatur als der Praxis und muss ihren Anwendungsbereich erst noch finden. Die Übernahmeregelung bei zwei Gesellschaftern als spezielle Anwendung des Aufteilungs- und Auswahlverfahrens bildet demgegenüber eine Standardgestaltung der Praxis, die insbesondere bei Joint Ventures zum Einsatz kommt.

6. Schiedsgutachten, Schiedsgerichtsbarkeit, Dispute Board

Teil 8 (Kap. 22 ff.) behandelt das Schiedsgutachten, Schiedsgerichtsbarkeit und weitere ADR-Verfahren, vor allem das Dispute Board. Klauseln zum Schiedsgutachten sind der Praxis allgegenwärtig. Neben einer ausführlichen Schiedsgutachtervereinbarung wird der Vertrag mit dem Schiedsgutachter selbst vorgestellt.

Die Schiedsgerichtsbarkeit ist in der Praxis fest verankert. Sie kommt nicht sehr häufig zum Einsatz, die zugrunde liegenden Streitfälle weisen aber typischerweise große Streitwerte und erhebliche Bedeutung auf. Die wissenschaftliche Vertiefung dürfte hier so weit fortgeschritten sein wie auf keinem anderen Feld der außergerichtlichen Streitbeilegung. Der Schiedsvereinbarung in all ihren Varianten und dem Vertrag mit dem Schiedsrichter folgen Schiedsklauseln für spezielle Rechtsgebiete, wie das Erb- und Gesellschaftsrecht.

Die unter Kap. 27 und Kap. 28 vorgestellten Verfahren, vor allem das Dispute Board, kamen erst in den letzten zehn Jahren verstärkt ins Gespräch. Sie stellen effektive Möglichkeiten dar, komplexe Streitigkeiten einer zeitnahen Lösung zuführen zu können, wenn die Parteien dauerhaft zusammenarbeiten, etwa im Zuge eines Großprojektes. Diese Verfahren nähern sich Schiedsgutachten und Schiedsgerichtsbarkeit an, lassen den Parteien aber dadurch größere Eigenverantwortung, dass ihre Entscheidungen bzw. Einschätzungen letztlich nicht verbindlich sind. Die Verfahren werden vorgestellt anhand der Verfahrensordnungen der ICC und DIS.

7. Vertragsvollzug

Regelungen zum Vertragsvollzug dienen vielfach dem Zweck, neuerliche Streitigkeiten zu vermeiden. Solche Regelungen können daher der außergerichtlichen Streitbeilegung zugeordnet werden. Einige wesentliche Vorgehensweisen stellt Teil 10 (Kap. 38 ff.) beispielhaft vor: Sicherung durch Bedingungen, durch Vollmachten und durch Treuhandgestaltungen.

Dritter Teil Mediation – Wirtschaftsmediation

Kapitel 6

Mediationsverfahren

A. Mediationsvereinbarung		
I. Einführung		
1. Verfahren der Mediation – what is „real“ mediation?	1	
2. Eignung des Verfahrens zur Konfliktlösung – Vor- und Nachteile.	4	
3. Verhaltenssteuerung – Verhaltensanreize	21	
4. Wahl des Formulars	29	
II. Muster.	34	
M 6.1 Mediationsvereinbarung.	34	
B. Verpflichtung zu vorbehaltloser Mediation – Mediationsklausel		
I. Einführung.	71	
II. Muster.	73	
M 6.2 Einfache Mediationsklausel	73	
		M 6.3 Mediationsklausel in letztwilliger Verfügung 85
		C. Vereinbarungen über die Benennung des Mediators durch Dritte
		I. Einführung. 91
		II. Muster. 92
		M 6.4 Benennung des Mediators 92
		D. Mediatorvertrag
		I. Einführung
		1. Gegenstand und Rechtsnatur 98
		2. Person des Mediators – Problem der Rechtsberatung 102
		II. Muster. 104
		M 6.5 Mediatorvertrag 104

A. Mediationsvereinbarung

I. Einführung

Literatur: *Duvel/Eidenmüller/Hacke*, Mediation in der Wirtschaft, 2. Aufl. 2011; *Eidenmüller/Wagner* (Hrsg.), Mediationsrecht, 2015; *Greger/Unberath/Steffek*, Recht der alternativen Konfliktlösung, MediationsG, VSBG, Kommentar, 2. Aufl. 2016; *Klowait/Gläßer* (Hrsg.), Mediationsgesetz, 2014; *Risse*, Wirtschaftsmediation, 2003.

1. Verfahren der Mediation – what is „real“ mediation?

„Mediation is a facilitative process in which disputing parties engage the assistance of an impartial third party, the mediator, who helps them to try to arrive at an agreed resolution of their dispute. The mediator has no authority to make any decisions that are binding on them, but uses certain procedures, techniques and skills to help them to negotiate an agreed resolution of their dispute without adjudication“¹

Mediation, in der Bundesrepublik Deutschland seit Juli 2012 durch das Mediationsgesetz erstmals gesetzlich normiert, ist eine Methode zur außergerichtlichen Streitbeilegung (ADR),² nämlich die **Vermittlung im Konflikt durch einen neutralen Dritten**, den Mediator.³ Der Mediator hat die Aufgabe, die Konfliktparteien bei der Suche nach einer eigenen Lösung ihres Konfliktes zu unterstützen. Er moderiert ihre Verhandlungen, hat aber keine Entscheidungskompetenz und äußert eigene Bewertungen nicht oder nur auf übereinstim-

¹ *Brown/Marriott*, ADR Principles and Practice, 1999, 127.

² *Risse*, Wirtschaftsmediation, 2003, 5.

³ *Risse*, Wirtschaftsmediation, 2003, 5.

menden Wunsch beider Konfliktparteien (facilitative approach). Der Mediator erlässt keine verfahrensleitenden Verfügungen im Rechtssinne; er greift in den Verhandlungsablauf lediglich strukturierend¹ und behutsam fördernd ein. Der Fortschritt der Verhandlungen liegt ganz in den Händen der Konfliktparteien. Das Ende des Mediationsverfahrens ist, anders als das auf eine Entscheidung zulaufende Gerichts- oder Schiedsverfahren, offen.

- 1a Die **Bedeutung der Wirtschaftsmediation** wird in den kommenden Jahren von einem Jahresvolumen in Deutschland von nach Angaben in der Literatur 300 Mio. Euro im Jahr 2000² zweifellos zunehmen angesichts einer Einigungsquote von über 75 % bei einer Verfahrensdauer von ein bis zwei Mediationstagen (so die Erfahrungen der Gesellschaft für Wirtschaftsmediation und Konfliktmanagement e.V. – gwmk – in München).³

Es ist zu erwarten, dass das am 1.4.2016 in Kraft getretene Gesetz über die alternative Streitbeilegung in Verbrauchersachen⁴ (VSBG) (vgl. dazu ausführlich Kap. 10) der Mediation weiteren Vorschub leisten wird. Es legt Anforderungen an das Fachwissen, die Unparteilichkeit, die Unabhängigkeit und die Transparenz sowie den Ablauf außergerichtlicher Streitbeilegungsverfahren fest und wird so auch das Vertrauen in die Qualität von Mediationsverfahren fördern.

- 2 In der – insbesondere angelsächsischen – Mediationsliteratur herrscht seit Jahren Streit über die Frage, wie weit der Mediator den Streitstand bewerten und eigene Einschätzungen der Streitstoffs äußern darf (evaluative approach) und inwieweit die absolute Zurückhaltung begriffsnotwendige Voraussetzung für die Mediation sei.⁵ Da die Vertiefung dieser Frage nicht Gegenstand eines Praxisbuches zu sein hat, sei hier nur gesagt: Verschiedene Praktiker werden wohl immer unterschiedliche Auffassungen hierzu vertreten, die je ihre Gültigkeit besitzen. Entscheidend ist in erster Linie, was die Konfliktparteien vom Mediator und dem Mediationsverfahren erwarten und ob das Verfahren im Ergebnis zu einer befriedigenden Konfliktlösung beiträgt.
- 3 Mediation kann eine geeignete **Methode** auch außerhalb eines rechtlichen Rahmens,⁶ z.B. bei rein persönlichen Konflikten oder **zur psychotherapeutischen oder sozialpädagogischen Problemlösung** sein.⁷ Für diesen Anwendungsbereich der Mediation geltende Besonderheiten bleiben vorliegend unberücksichtigt.

2. Eignung des Verfahrens zur Konfliktlösung – Vor- und Nachteile

- 4 Welches Konfliktlösungsprogramm für einen gegebenen Konflikt das vorzugswürdige ist, kann nicht pauschal beantwortet werden, ebenso wenig wie – in herkömmlichen Katego-

1 *Haft*, Verhandlung und Mediation, 2. Aufl. 2000, 69 ff.

2 *Neuenhahn*, NJW 2004, 663 (664).

3 *Neuenhahn*, NJW 2004, 663 (664); *Gräfin v. Hardenberg*, IDR 1/04, 25 (26), zitiert die Alternative Dispute Resolution Studie des Florida Dispute Resolution Center, Karl D. Schultz (13th judicial circuit) mit einer ermittelten Einigungsquote von 80 %; *Eidenmüller*, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, 5; *Hacke* in *Eidenmüller/Wagner*, Mediationsrecht, 2015, Kap. 3 Rz. 14, gibt für den Erfolg von Mediationsverfahren einen Erfahrungswert von 75 % an; das Statistische Bundesamt hat für das Jahr 2014 eine Einigungsquote nach Verweisung an den Güterichter von (je nach Instanz) bis zu 54 % ermittelt, *Statistisches Bundesamt*, Fachserie 10 Reihe 2.1 - 2014.

4 Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie über alternative Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten und zur Durchführung der Verordnung über Online-Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten vom 19.2.2016, BGBl. I, 233 und Berichtigung vom 27.4.2016, BGBl. I 2016, 1039.

5 Vgl. statt vieler *Brown/Marriott*, ADR Principles and Practice, 1999, 149; *Greger/Unberath/Steffek*, § 1 MediationsG Rz. 5.

6 LG Rostock, Urt. v. 11.8.2000 – 5 O 67/00, BB 2001, 698.

7 Vgl. *Brown/Marriott*, ADR Principles and Practice, 1999, 137 f.

rien ausgedrückt – das gerichtliche Mahnverfahren dem unmittelbar anhängig gemachten Zivilprozess prinzipiell über- oder unterlegen ist.¹ Kein Zweifel dürfte aber daran bestehen, dass eine auf dem Verhandlungswege erzielte Einigung grundsätzlich die einfachste, kostengünstigste und am meisten befriedigende und befriedende Lösung für einen Konflikt darstellt.

Da Mediation **keine Einigungsgarantie** bietet, ja gar nicht bieten kann und wohl auch nicht bieten darf, weil ihr Verlauf maßgeblich davon abhängt, ob eine gemeinsame – zu Beginn des Verfahrens aber noch verborgene – Einigungsoption der Parteien überhaupt existiert (ZOPA), sind vor Einleitung des Verfahrens dessen Vor- und Nachteile gegeneinander abzuwägen. 5

Augenfälliger Vorteil der Mediation zur Beilegung eines aktuellen Konflikts gegenüber der Streitentscheidung durch ein staatliches oder privates Gericht liegt in den i.d.R. **geringen Kosten des Mediationsverfahrens**. Bei anwaltlicher Vertretung fallen im Mediationsverfahren mit Geschäfts- und Einigungsgebühr² sowie Auslagenpauschale³ – je auf beiden Seiten – insgesamt 5,6 Gebühren nach dem RVG an, wenn es zu einer Einigung kommt. Der Mediator erhält ein übliches⁴ Honorar in Höhe von bspw. 250 Euro je Stunde, bei einer angenommenen Verfahrensdauer von 10 Stunden mithin 2 500 Euro. Bei einem Streitwert von 50 000 Euro ergeben sich damit Gesamtkosten in Höhe von **8 397,60 Euro** (zzgl. Umsatzsteuer). Dem stehen im gerichtlichen Verfahren durch z.B. zwei Instanzen mit Beweisaufnahme in der ersten Instanz und einem Urteil mit Begründung in beiden Instanzen 7 Gerichtsgebühren und (Verfahrens- und Termins-)Anwaltsgebühren⁵ für die erste Instanz von 5,0 und 5,6 für die zweite Instanz sowie die Kostenpauschale und damit Gesamtkosten in Höhe von **16 229,80 Euro** gegenüber. Dieser Kostenvorteil der Mediation ist so massiv, dass er den Versuch einer Mediation zur Konfliktlösung auch dann noch rechtfertigt, wenn in der Mediation nur in $\frac{2}{3}$ aller Fälle eine Einigung erzielt werden könnte.⁶ 6

Ein weiterer Vorteil der Mediation liegt in der **Befriedungswirkung** der freiwilligen Einigung gegenüber der oft mit einem Gesichtsverlust für eine Seite verbundenen Sieger-Verlierer-Situation zum Abschluss eines streitentscheidenden Verfahrens. Dieser Vorteil der konsensualen Lösung kommt vor allem dann zum Tragen, wenn die Parteien ungeachtet des Konflikts auch künftig zusammenarbeiten wollen oder müssen.⁷ 7

Eine Besonderheit von Methoden der außergerichtlichen Streitbeilegung allgemein liegt in der Möglichkeit der privatautonomen Verfahrensgestaltung und damit insbesondere darin, 8

1 *Neuenhahn*, NJW 2004, 663 (664).

2 § 2 Abs. 2 RVG i.V.m. Nrn. 1000 und 2400 Vergütungsverzeichnis.

3 Nr. 7002 Vergütungsverzeichnis.

4 *Engel* in Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, 2015, Kap. 10 Rz. 28, empfiehlt Halbtages- oder Tageshonorare zu vereinbaren, wobei sich ein Halbtagesatz typischerweise zwischen 500 Euro und 2000 Euro bewege; ein regelrechtes Tarifwerk mit Honoraren von 200 Euro bis 300 Euro je Stunde und Verfahrensgebühren von 500 Euro bis 8 000 Euro veröffentlicht die Gesellschaft für Wirtschaftsmediation und Konfliktmanagement e.V. – gwmk – in München bei Drucklegung unter www.gwmk.de. Wird ein Notar als Mediator beauftragt, so hat dieser mit den Beteiligten nach § 126 GNotKG durch öffentlich-rechtlichen Vertrag eine – ansonsten gem. § 125 GNotKG unzulässige – Vergütungsvereinbarung zu treffen.

5 Verfahrensgebühr in der ersten Instanz 1,3 (Nr. 3100 Vergütungsverzeichnis), in der zweiten Instanz 1,6; die Terminsgebühr beträgt in beiden Instanzen je 1,2 (Nr. 3104 bzw. Nr. 3202 Vergütungsverzeichnis).

6 *Eidenmüller*, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, 2001, 5, gibt diesen Erfahrungswert für Wirtschaftskonflikte an; *Hacke* in Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, 2015, Kap. 3 Rz. 14, sprechen von 75 %; vgl. zu den Erfolgsaussichten vorstehend Rz. 1 ff.

7 *Risse*, Wirtschaftsmediation, 2003, 116 f.

das Verfahren **vertraulich** gestalten zu können. Während das Verfahren vor den staatlichen Gerichten nach § 169 Satz 1 GVG grundsätzlich öffentlich ist, unterliegt das Mediationsverfahren i.d.R. einer strengen Vertraulichkeitsabrede, § 1 Abs. 1 MediationsG. Nicht nur in Streitigkeiten auf dem Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes, des Patent- und Urheberrechts kann der Vertraulichkeit des Verfahrens aus Sicht beider Konfliktparteien große Bedeutung zukommen. Die Vertraulichkeit steht allerdings zur Disposition der Parteien.¹

- 9 Kein Gegensatz hierzu muss das nicht selten unausgesprochene Interesse der Konfliktparteien sein, ihre Sache einer öffentlichen, typischerweise gerichtlichen Würdigung zuzuführen. Gegenüber dem gerichtlichen Streitverfahren, in dem zur häufigen Enttäuschung der Parteien kein Showdown nach dem Muster amerikanischer Anwalts-Fernsehserien stattfindet, sondern i.d.R. nur ein knappes Rechtsgespräch und im Übrigen Bezugnahme auf Prozessakten, kann das Mediationsverfahren auch diesem Anspruch gerecht werden, weil es gewährleistet, dass die Konfliktparteien ausreichend zu Wort kommen. Sie erhalten damit neben rechtlichem auch **menschliches Gehör** und das Gefühl, mit ihrem Standpunkt ernst genommen zu werden.
- 10 Die **privatautonome Verfahrensgestaltung** erlaubt es den Parteien, einen für die Vermittlung der Angelegenheit mit besonderen Kenntnissen ausgestatteten Mediator zu beauftragen, was Zeit und Kosten für die Einholung sachverständiger Expertise und die Erläuterung technischer, wirtschaftlicher und rechtlicher Zusammenhänge ersparen kann.
- 10a Mediation lässt ferner – anders als das auf den Streitgegenstand beschränkte gerichtliche Verfahren – die im Rahmen der privatautonom gestalteten Einigung zum Verfahrensabschluss unbeschränkte Einbeziehung aller möglichen weiteren Verhandlungsthemen zu. Die Mediation bietet damit wie kein anderes Verfahren die **Chance zur umfassenden Konfliktbewältigung**.
- 11 Die **Durchsetzbarkeit** der Streitentscheidung durch staatliche Gerichte im Wege der Zwangsvollstreckung kommt der privaten Einigung im Mediationsverfahren nur dann zu, wenn sie in vollstreckbarer Weise (etwa zu vollstreckbarer notarieller Urkunde) niedergelegt wird.
- 12 Schließlich ist ein Mediationsverfahren im Vergleich zur erheblichen Dauer staatlicher Gerichtsverfahren ein **Weg zur raschen Konfliktlösung**. Die Konfliktparteien haben die Geschwindigkeit des Verfahrensgangs im Wesentlichen selbst in der Hand. Die praktische Erfahrung zeigt, dass ein Mediationsverfahren von überschaubarer Komplexität nicht selten in einer einzigen Sitzung von wenigen Stunden erfolgreich abgeschlossen werden kann, was für gerichtliche Auseinandersetzungen als zumindest unwahrscheinlich gelten muss.
- 13 Als Nachteil der Mediation wird von den Parteien aber im Gegenteil nicht selten die Gefahr ihres Missbrauchs zur **Verfahrensverschleppung** angesehen. Der Gefahr, dass sich eine Konfliktpartei nur zum Schein auf die Mediation einlässt, kann jedoch mit entsprechenden Regelungen in der Mediationsvereinbarung (Verzugseintritt, Hemmung der Verjährung, Kündigungsmöglichkeit etc., s. hierzu M 6.1 [Rz. 34] sowie Anm. A21 [Rz. 53 ff.] und Anm. A25 [Rz. 57]) in weiten Teilen vorgebeugt werden, vorausgesetzt, alle wesentlich Beteiligten wirken an deren Abschluss mit. Das Erfordernis der vorläufigen Sicherung des Streitgegenstandes, aber auch die Vermögenssituation des Gegners können jedoch das gerichtliche Verfahren im Einzelfall vorzugswürdig erscheinen lassen. Dies gilt insbesondere dann, wenn eine Verfahrensverzögerung zum Rechtsverlust einer Partei führen kann, die Durchsetzbarkeit der geltend gemachten Forderung gefährdet erscheint oder der Ausgang eines Verfahrens präjudiziell für ein anderes Rechtsverhältnis ist und deshalb auf eine Bindung an die Rechts-

¹ Greger/Unberath/Steffek, § 1 MediationsG Rz. 52, § 4 MediationsG Rz. 3.

erkenntnis des Gerichts (Nebeninterventionswirkung) nicht verzichtet werden kann (so in der Situation der Streitverkündung).

Da die in der Mediation erzielte Einigung vorbehaltlich Beteiligung Dritter am Mediationsverfahren grundsätzlich **keine Bindungswirkung für künftige Auseinandersetzungen** gleicher oder ähnlicher Art entfaltet, ist sie nur bedingt geeignet, „Musterverfahren“ in Massenstrreitigkeiten zu ersetzen. Zur Findung der „Rechtswahrheit“ ist die Mediation nicht angetan. Damit ist zugleich ein struktureller Nachteil der Mediation bezeichnet: Rechtssoziologisch betrachtet wohnt der Mediation, die die Verhandelbarkeit von rechtlichen Positionen voraussetzt, eine Tendenz zur Relativierung des Rechts und damit zur Erosion von Rechtsregeln inne. Ist eine Konfliktpartei daran interessiert, eine gerichtliche Entscheidung zu vermeiden, etwa eine Haftpflichtversicherung, die **das Entstehen eines Bezugsfalls verhindern** will, so ist die vergleichsweise Beilegung des Konflikts im Mediationsverfahren ein Weg, dies zu tun. 14

Mediation beruht auf dem Gedanken, dass die Konfliktparteien in der Lage sind, ihre Belange durch konsensuale Lösungen besser zu gestalten, als ein Dritter – insbesondere der Staat – dies könnte. Damit wurzelt Mediation in dem – in der freiheitlichen bürgerlichen Gesellschaft grundlegenden – Prinzip der Privatautonomie. Infrage kommt die Mediation nur für im Hinblick auf die Privatautonomie **mediationsfähige Konflikte**.¹ Wo das Gesetz einer privatautonomen Vereinbarung die Anerkennung versagt, bspw. die rechtsgestaltende Wirkung (derzeit noch) dem richterlichen Ausspruch der Ehescheidung vorbehält, ist für Mediation kein Raum. Ferner zieht der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung der Mediation **enge Grenzen im Bereich des öffentlichen Rechts**.² Anwendungsbereich und Grenzen der Mediation ergeben sich hier insbesondere aus den Bestimmungen der Verwaltungsverfahrensgesetze des Bundes und der Länder über den öffentlich-rechtlichen Vertrag (etwa aus §§ 54 ff. VwVfG). 15

Das Prinzip der Privatautonomie hat zwar insbesondere durch verfassungsgerichtliche Rechtsprechung Einschränkungen erfahren,³ die ein Abschmelzen der Vertragsfreiheit zugunsten einer allgemeinen Inhalts-, Billigkeits- und Gerechtigkeitskontrolle befürchten lassen.⁴ Vor dem Hintergrund dieser Rechtsentwicklung bestehen – über die Schranken des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und des Beurkundungsgesetzes hinaus – Bedenken gegen die künftige Eignung der Mediation zur nachhaltigen Konfliktlösung dann, wenn die Konfliktparteien eine **strukturell ungleiche Verhandlungsstärke** aufweisen. In solchen Fällen kann nicht ausgeschlossen werden, dass eine in der Mediation erzielte Einigung vom hernach vertragsreudigen Teil mit Erfolg gerichtlich angegriffen wird. 16

Ein Vorteil des gerichtlichen Streitverfahrens kann es sein, dass dort über den Streitgegenstand vom besonders qualifizierten und erfahrenen Juristen entschieden wird. Demgegenüber hält auf dem heutigen **Markt der Mediatorleistungen** ein Kreis bunt gemischter Interessierter seine Leistungen feil. Die persönliche Eignung eines Anbieters als Mediator für das beabsichtigte Verfahren ist mitunter schwer zu ermitteln. Das Mediationsgesetz führt in § 5 Abs. 2 die geschützte Berufsbezeichnung „zertifizierter Mediator“ ein (näher hierzu unten M 6.2 Anm. A10 [Rz. 82]). 17

Wenig Erfolg versprechend ist die Mediation, wenn eine nach der bisherigen Kommunikation der Konfliktparteien erkennbare mangelnde **Verfahrenstreue** eines Beteiligten oder die 18

1 Risse, Wirtschaftsmediation, 2003, 91 f.

2 Risse, Wirtschaftsmediation, 2003, 93; ferner Vetter, Mediation und Vorverfahren, 2004.

3 Vgl. Ellenberger in Palandt, 75. Aufl. 2016, Einf. v. § 145 BGB Rz. 13.

4 Wälzholz/Bülow, MittBayNot 2001, 509 (514).

im bisherigen Streitverlauf erreichte Eskalationsstufe keine regelgerechte Verhandlung mehr erwarten lässt.

- 19 Erweist es sich, dass der Konflikt nur **distributive Lösungen** bietet, weil es im Ergebnis nur darum geht, welche Konfliktpartei auf Kosten der anderen einen Sieg erringt, sind die Erfolgsaussichten einer Mediation gegenüber einem Konflikt, in dem ein wertschöpfendes Ergebnis erreicht werden kann, weniger aussichtsreich.
- 20 Möglicherweise **ungeeignet** ist die Mediation in der Auseinandersetzung mit dem lediglich leistungsunwilligen oder -unfähigen Gegner, wenn Uneinigkeit über den Streitgegenstand gar nicht besteht. Gegen Ersteren dürfte – soweit zulässig – das gerichtliche Mahnverfahren die richtige Maßnahme sein, während Letzterer zum Zwecke der Kostenersparnis oft zur Abgabe eines vollstreckbaren Schuldanerkenntnisses zu notarieller Urkunde bewegt werden kann.

3. Verhaltenssteuerung – Verhaltensanreize

- 21 Die Mediationsvereinbarung zur Lösung eines bereits entstandenen Konflikts ist eine **verhaltenssteuernde Vereinbarung**. Das Ergebnis der Mediation lässt sich bei Abschluss der Vereinbarung nicht voraussehen. Die Mediationsvereinbarung dient daher nicht der Verwirklichung von bestimmten Sachzielen, sondern sie erstrebt positive Effekte auf den Verhandlungsprozess, insbesondere
 - die vereinfachte und beschleunigte Klärung der Frage, ob eine Einigung überhaupt möglich ist,
 - die Nutzung der Chancen einer sachorientierten Verhandlung,
 - die Vermeidung von einer Einigung hinderlichem Positiondenken,
 - die Aufdeckung von Einigungsoptionen und Kooperationsgewinnen.
- 22 Der Konflikt zwischen den Parteien ist bei Abschluss der Mediationsvereinbarung bereits entstanden. Die Mediationsvereinbarung setzt somit Verhaltensanreize nur **im Hinblick auf das Konfliktlösungsprogramm**. Verhaltensbeeinflussende Effekte der Vereinbarung im Hinblick auf die Entstehung eines Konflikts bestehen nicht.
- 23 Die Parteien lassen sich mit Abschluss der Mediationsvereinbarung auf das in der Vereinbarung in den Grundzügen festgelegte Verfahren ein. Wenn die Parteien sich einig sind, den Versuch zu unternehmen, einen Konflikt mit Unterstützung eines Mediators in konstruktiver Weise eigenverantwortlich zu lösen, gibt dies allein keinen rechtlich durchsetzbaren Anspruch auf eine (innerlich) ernsthafte Teilnahme an der Verhandlung. Dies mag den Kautelarjuristen skeptisch stimmen. Eine solche Mediationsvereinbarung oder -klausel mobilisiert aber zwei **soziale Normen**¹ zur Stabilisierung des Verfahrensgangs: Zum einen das Prinzip des widerspruchsfreien Verhaltens, wonach die Parteien zu ihrem Wort, die Mediation wenigstens guten Willens zu versuchen, zu stehen haben. Zum anderen das Prinzip der Gegenseitigkeit, wonach die Kompromissbereitschaft, welche die andere Seite mit der Einlassung auf das Verfahren grundsätzlich signalisiert, mit dem gleichen Signal zu beantworten ist.
- 24 Zweckmäßig ist es – unabhängig von der gesetzlichen Anforderung des allseitigen Einverständnisses der Parteien in § 2 Abs. 3 Satz 3 MediationsG – m.E., in der Mediationsvereinbarung **vertrauliche Einzelgespräche** des Mediators mit den Konfliktparteien ausdrücklich zuzulassen. Dies zerstreut Zweifel der Parteien an der Neutralität des Mediators (vgl. im Einzelnen M 6.1 Anm. 6 [Rz. 39]). Einzelgespräche können den dem Erfolg des Verfahrens

¹ Vgl. zum psychologischen Hintergrund auch *Risse*, Wirtschaftsmediation, 2003, 114 ff.

dienlichen Anreiz setzen, Interessen zu offenbaren um Einigungsoptionen aufzudecken und auf diese Weise erzielbare Kooperationsgewinne erkennbar zu machen, die ohne vertrauliche Einzelgespräche unentdeckt geblieben wären. Wer nämlich seine Interessen in der Verhandlung offen legt, erhöht damit zwar die Wahrscheinlichkeit zur Erzielung von Kooperationsgewinnen einer Einigung. Ein entsprechender Verhaltensanreiz ist bei vernünftiger Betrachtung des Verhandlungsprozesses also schon vorhanden. Die so verhandelnde Partei wird aber in den meisten Fällen ein aus ihrer Sicht nur suboptimales Ergebnis erringen. Spielt sie demgegenüber mit verdeckten Karten, so verbessert sie zwar ihre Aussichten, die andere Seite zu Konzessionen zu bewegen. Sie gefährdet aber die Chancen einer Einigung zur Erzielung von Kooperationsgewinnen und damit den Erfolg der Mediation. Das vertrauliche Einzelgespräch durchschlägt dieses Dilemma, indem es den Parteien erlaubt, dem Mediator unter dem Vorbehalt der Vertraulichkeit gefahrlos ihre Interessen zu offenbaren. Die Vereinbarung ist damit geeignet, das Verhalten der Parteien in verfahrensfördernder Weise zu lenken.

Demselben Ziel dient eine in der rechtlichen Gestaltung nicht ganz unkomplizierte **Vertraulichkeitsabrede** (vgl. hierzu oben Kap. 5). Sie soll die für die Erfolgsaussichten in einem etwa anschließenden Rechtsstreit bestehenden Risiken, die den Parteien aus einer offenen Verhandlung erwachsen, möglichst ausschließen. 25

Ungeachtet der (auf Ebene der Ethik ausgefochtenen) Frage, ob der Mediator eigene Einschätzungen mitteilen darf oder sich solcher Stellungnahmen zu enthalten hat, kann die Mediationsvereinbarung diesen Weg gehen. Die **Evaluation durch den Mediator** als agent of reality ist geeignet, den nicht selten anzutreffenden Überoptimismus der Konfliktparteien zu dämpfen. Den Überoptimismus, der darin besteht, die eigenen Prozessaussichten mit über 50 % zu beurteilen, teilen die Konfliktparteien regelmäßig, obwohl nach der Lebenserfahrung kaum je beide Seiten in einem gerichtlichen Streit obsiegen dürften (Walz, Kap. 3 Rz. 57). Für den Erfolg der Mediation ist er im Ansatz schädlich, weil er die Einigungsbereitschaft der Parteien in irrationaler Weise herabsetzt. Er darf freilich nicht dazu verleiten, im Interesse einer Einigung eine Konfliktpartei über ihre Alternativen zu einer Einigung (Best Alternative to Negotiated Agreement = BATNA) zu täuschen. Denn zu den Prinzipien der Mediation gehört auch die Annahme, dass eine Einigung nicht immer einer Nicht-Einigung vorzuziehen ist, also keinen Wert an sich besitzt. 25a

Die Mediationsvereinbarung setzt als verfahrenssteuernde Vereinbarung voraus, dass die Konfliktparteien die Spielregeln des Verfahrens wenigstens grundsätzlich beachten. Dies wiederum erfordert ein gewisses **Vertrauen in die Verfahrenstreue** der jeweils anderen Partei. Störungen im Verfahrensablauf durch regelwidriges Verhalten einer Partei kann dieses Vertrauen schnell untergraben. Die Vereinbarung von Schadensersatz- oder Vertragsstrafversprechen¹ halte ich im Hinblick auf den Verfahrenszweck der Mediation zwar nicht für zielführend, Streitigkeiten über den Verfahrensforgang gefährden aber den Erfolg der Mediation. Eine genaue Regelung des Sitzungsortes und des Einladungsverfahrens hilft, Missverständnissen in streitträchtigen Verfahrensfragen vorzubeugen und ist den Parteien Anreiz, unter dem Vorwand des Missverständnisses begangenes regelwidriges Verhalten zu unterlassen. 26

Taktisches Verhalten der Konfliktparteien birgt erhebliches Störpotential für die Mediation. Zu taktischem Verhalten gehört auch der Einsatz vollmachtloser Verhandlungsführer ohne Autorität zum Abschluss verbindlicher Abreden. Diese Taktik setzt für die andere Seite den Anreiz, abschließende Kompromisse aufzuschieben und sich Bewegungsspielräume offen zu halten, weil mit einem Nachverhandeln auf der vollmachtlos vertretenen Seite zu 27

¹ Anders Risse, Wirtschaftsmediation, 2003, 100 f.

rechnen ist (Walz, Kap. 3 Rz. 46). Diesen Anreiz neutralisiert das Muster mit der Möglichkeit für den Mediator, die Parteien zum persönlichen Erscheinen einzuladen (Escalation to the Top).

- 28 Die Konfliktparteien lassen sich auf die Mediation desto offener ein, je weniger sie befürchten müssen, durch das Verfahren Verhandlungsposition einzubüßen. Die Mediationsvereinbarung lässt daher den jederzeitigen **Ausstieg aus dem Verfahren** zu und stellt klar, dass eine Verpflichtung zur Einigung nicht besteht. Diese Regelung setzt für jede Partei den Anreiz: „Es gibt nichts zu verlieren. In der Mediation kann ich nur gewinnen“.

4. Wahl des Formulars

- 29 In der Mediationsvereinbarung legen die Konfliktparteien den **Weg in die Mediation** (eigentliche Mediationsvereinbarung) und die Grundsätze des Mediationsverfahrens (**Mediationsverfahrensvereinbarung**) fest.¹ Einige gewerbliche oder institutionelle Anbieter von Mediatordiensten halten auch eine **Mediationsordnung** vor, auf die in der Mediationsvereinbarung Bezug genommen werden kann.² Lediglich um Fragen der Bezugnahme zu vermeiden (AGB-rechtliche, verweisungstechnische – dynamische oder statische Verweisung?) und um das abgedruckte Formular vielseitig verwendbar zu halten, wird von dieser Vertragsgestaltung vorliegend abgesehen.
- 30 Die „Spielregeln“ des Mediationsverfahrens im Einzelnen werden allerdings typischerweise nicht vor der Mediation vereinbart. Diese Festlegung ist vielmehr erster eigentlicher Bestandteil des Mediationsverfahrens selbst im Rahmen einer Vorverhandlung. Erst in dieser Vorverhandlung wird zwischen den Konfliktparteien und dem Mediator auf der sog. **Meta-Ebene** das „Wie“ der Sachverhandlung vereinbart. Der Ablauf des Mediationsverfahrens kann daher in weiten Teilen nicht bereits im Vorhinein festgelegt werden.³ Die Mediationsvereinbarung muss sich auf die Festlegung der wesentlichen Grundsätze des Mediationsverfahrens beschränken. Auch der vom Mediator gewählte Mediationsstil wird von diesem üblicherweise in einem **Eröffnungsstatement** zu Beginn der Vorverhandlung festgelegt und ist für die ergänzende Auslegung des Mediationsvertrages von zentraler Bedeutung. Diese Festlegung erfolgt zudem i.d.R. vorläufig, weil sich der Mediator die Anpassung des Mediationsstils vorbehält. Das Eröffnungsstatement⁴ ist sinnvollerweise auch dazu zu nutzen, den Konfliktparteien die Rolle des Mediators und seine Verpflichtung zur Neutralität zu erläutern.⁵
- 31 In Abgrenzung zur Mediationsvereinbarung, die das Verhältnis zwischen den Konfliktparteien und das Verfahrensrecht der Mediation regelt, enthält der **Mediatorvertrag** die zwischen den Konfliktparteien und dem Mediator in Ergänzung des Mediationsgesetzes getroffenen Vereinbarungen.⁶ Aus Gründen der Klarheit ist eine Vermengung der Regelungen in Form eines dreiseitigen Vertrages nicht zu empfehlen. Die rein technische Verbindung zu einer Urkunde (einem Schriftstück) kann jedoch aus praktischen Gründen erwägenswert sein.

1 Greger/Unberath/Steffek, § 1 MediationsG Rz. 132 ff.

2 Als Beispiele seien genannt die Hamburger Mediationsordnung für Wirtschaftskonflikte der Handelskammer Hamburg und die DIS-Mediationsordnung (MedO) der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V., Köln.

3 Risse, Wirtschaftsmediation, 2003, 159 ff., 167 ff., spricht vom Abschluss des „Verhandlungsvertrages“; nach Greger/Unberath/Steffek, § 1 MediationsG Rz. 137, kommt es im Laufe des Mediationsverfahrens zu laufend neu abzuschließenden Verhandlungsverträgen.

4 Vgl. hierzu ausführlich Brown/Marriott, ADR Principles and Practice, 2003, 166 ff., 198 ff.

5 Sorge, MittBayNot 2001, 50 (52).

6 Vgl. Brown/Marriott, ADR Principles and Practice, 1999, 128.

Gegenstand des Vertragsmusters ist die Mediation zur Beilegung einer bürgerlich-rechtlichen Streitigkeit, für die der ordentliche Rechtsweg mit dem Verfahren nach der Zivilprozessordnung (ZPO) eröffnet wäre. Für arbeitsrechtliche und öffentlich-rechtliche Streitigkeiten sind zahlreiche Besonderheiten der hierfür geltenden Verfahrensordnungen zu beachten, auf die aus Gründen der Übersichtlichkeit nur an einzelnen Stellen eingegangen wird. Die Mediationsvereinbarung begründet vor allem die Pflicht der Parteien zur Mitwirkung an einem privatautonomen Konfliktlösungsverfahren und ist damit „materiell-rechtlicher Vertrag über prozessrechtliche Beziehungen“.¹ 32

Die Mediationsvereinbarung bedarf nach Auffassung von *Risse* analog § 1031 ZPO der **Schriftform**, weil sie wie die Schiedsvereinbarung die gerichtliche Geltendmachung von Ansprüchen in zeitlicher und finanzieller Hinsicht erschwert und für die Parteien ein erhöhtes Kostenrisiko zur Folge hat.² Trotz erheblicher Zweifel hinsichtlich der Analogiefähigkeit von Formvorschriften und des Bestehens einer planwidrigen Regelungslücke und angesichts unterschiedlicher Schutzzwecke (Übereilungsschutz im Schiedsverfahren, Kostenrisiko hier), ist eine Niederlegung der Mediationsvereinbarung zumindest in Textform natürlich ratsam und der Komplexität der Materie einzig angemessen. Als Nebenabrede kann sich zudem ein für den Hauptvertrag geltender Formzwang auch auf die Mediationsvereinbarung erstrecken.³ 33

II. Muster

M 6.1 Mediationsvereinbarung^{A1}

34

§ 1 Vorbemerkung

1. Zwischen den Parteien besteht Streit darüber, ob ... (Anspruchsteller) gegen ... (Anspruchsgegner) aus ... (Lebenssachverhalt) ein Anspruch auf ... zusteht (Streitgegenstand).^{A2}
2. Die Parteien sind sich einig, den Versuch zu unternehmen, ihren Konflikt über den Streitgegenstand mit Unterstützung eines neutralen^{A3} Dritten (Mediator) in konstruktiver Weise eigenverantwortlich zu lösen. Sie sind davon überzeugt, dass dieser Versuch geeignet ist, interessengerechte Einigungsoptionen aufzufinden und so den Konflikt kostengünstig und Zeit sparend mit einer abschließenden Einigung – zumindest teilweise – beizulegen.^{A4} Sie treffen deshalb die in dieser Urkunde niedergelegte Mediationsvereinbarung.

§ 2 Mediator

Als Mediator benennen die Parteien Herrn/Frau ...^{A5}

§ 3 Zuständigkeit des Mediators

1. Der Mediator bestimmt und leitet das Mediationsverfahren. Er kann insbesondere mit den Parteien einzeln und vertraulich verhandeln.^{A6}

1 Greger/Unberath/Steffek, § 1 MediationsG Rz. 143.

2 A.A. zu Recht Greger/Unberath/Steffek, § 1 MediationsG Rz. 177.

3 A.A. Friedrich, SchiedsVZ 2007, 31; zu Recht vorsichtiger Broichmann/Matthäus, SchiedsVZ 2008, 274.

2. Wenn keine Partei widerspricht, kann^{A7} der Mediator
 - a) den Parteien seine Einschätzung einer Streitfrage und seine Vorstellungen einer angemessenen Lösung des Konflikts mitteilen sowie
 - b) einen Einigungsvorschlag unterbreiten und eine entsprechende Vereinbarung formulieren^{A8} und
 - c) den Vollzug und die Überwachung des Vollzuges einer schriftlich niedergelegten Einigung übernehmen.
3. Der Mediator ist nicht zuständig, über den Konflikt verbindlich zu entscheiden.^{A9}

§ 4

Verpflichtung zur vorbehaltlosen Mediation

1. Die Parteien verpflichten sich, alles Erforderliche zu tun, um den Erfolg der Mediation zu fördern und alles zu unterlassen, was den Erfolg gefährden oder das Verfahren verzögern könnte.^{A10}
2. Die Mediationssitzungen finden in ... (Ort) statt; den genauen Ort der Sitzungen bestimmt der Mediator.
3. An den Sitzungen hat jede Partei persönlich oder in gesetzlich (organschaftlich) vertretener Weise^{A11} teilzunehmen, wenn und soweit der Mediator schriftlich mit einer Frist von mindestens vierzehn Tagen zum persönlichen Erscheinen einlädt.^{A12} Bei der Berechnung der Frist werden der Tag der Absendung der Einladung und der Tag der Sitzung nicht mitgerechnet. Der Mediator beurteilt, ob der für eine Partei Erschienene den vorstehenden Anforderungen im Hinblick auf seine Verhandlungs- und Abschlussbefugnis genügt.
4. Ist eine Partei am persönlichen Erscheinen verhindert, so entfällt die Pflicht zur Teilnahme, wenn sie dies unverzüglich schriftlich und unter Angabe des Grundes der Verhinderung gegenüber dem Mediator anzeigt (Entschuldigung). Der Mediator benachrichtigt die andere Partei und übersendet ihr eine Abschrift der Anzeige.
5. Das Recht zur Kündigung bleibt unberührt; eine Pflicht zur Einigung besteht nicht.^{A13}

§ 5

Hinzuziehung von Beiständen

1. Jede Partei kann im Mediationsverfahren und in den Mediationssitzungen eine zur Berufsschwiegenheit verpflichtete Person hinzuziehen;^{A14} § 4 Abs. 3 dieses Vertrages bleibt unberührt.^{A15}
2. Dies gilt nur, wenn der Vertreter sich schriftlich gegenüber der anderen Partei in gleicher Weise wie der Vertretene gem. § 10 dieses Vertrages zur Wahrung der Vertraulichkeit verpflichtet hat.^{A16}

§ 6

Gerichtliche Geltendmachung; Aufrechnungsverbot

1. Eine Anrufung der ordentlichen Gerichte ist für die Dauer des Mediationsverfahrens gem. § 8 dieses Vertrages unzulässig (dilatatorischer Klageverzicht). Für den Fall, dass bei Abschluss dieser Vereinbarung bereits in zulässiger Weise Klage erhoben wurde, vereinbaren die Parteien, das Ruhen des Verfahrens herbeizuführen.^{A17}
2. Die Aufrechnung mit oder gegen Forderungen, die Gegenstand des Mediationsverfahrens sind, ist für die Dauer des Verfahrens ausgeschlossen.^{A18}
3. Das Recht, vorläufige oder sichernde gerichtliche Maßnahmen in Bezug auf den Streitgegenstand zu beantragen, bleibt unberührt.^{A19}

§ 7

Verzug; Verjährung

1. Während der Dauer des Mediationsverfahrens ist die Verjährung^{A20} des streitgegenständlichen Anspruchs gehemmt; dies gilt für vertragliche Ausschlussfristen entsprechend.^{A21} Die Hemmung endet sechs Monate nach der Beendigung des Mediationsverfahrens.
2. Der Anspruchsgegner ist berechtigt, die Leistung bis zur Beendigung des Mediationsverfahrens zu verweigern. Ein Anerkenntnis ist hiermit nicht verbunden.^{A22} Kommt es zu keiner Einigung, so fällt das Leistungsverweigerungsrecht rückwirkend weg. Die Parteien haben sich insbesondere im Hinblick auf den etwaigen Verzug einer Partei dann so zu stellen, wie sie stünden, wenn diese Mediationsvereinbarung nicht abgeschlossen worden wäre.
3. Die Verjährung tritt frühestens drei Monate nach dem Ende der Hemmung ein.^{A23}
4. Durch vorstehende Regelung wird die Verjährung nicht über eine Verjährungsfrist von 30 Jahren ab dem gesetzlichen Verjährungsbeginn hinaus erschwert.^{A24}

§ 8

Dauer des Mediationsverfahrens

1. Das Mediationsverfahren beginnt mit Eingang des vereinbarten Kostenvorschusses beim Mediator.
2. Es endet, wenn
 - a) die Parteien sich über den Streitgegenstand geeinigt haben oder
 - b) die Parteien sich über die Beendigung des Verfahrens geeinigt haben, wobei diese Einigung möglichst in Schriftform zu erfolgen hat oder
 - c) der Mediator beiden Vertragsparteien schriftlich mitteilt, dass die Mediation gescheitert ist oder
 - d) eine Partei durch schriftliche Erklärung gegenüber der anderen Partei die Kündigung erklärt hat, wozu nach der ersten Mediationssitzung jede Partei ohne Wahrung einer Frist berechtigt ist^{A25} oder
 - e) ein Mediatorvertrag nicht innerhalb einer Frist von zwei Wochen ab Wirksamkeit dieser Vereinbarung zustande kommt oder durch Kündigung oder in sonstiger Weise später wegfällt.^{A26}
3. Das Recht zur Kündigung aus wichtigem Grund bleibt unberührt. Ein wichtiger Grund liegt insbesondere vor, wenn die erste Mediationssitzung nicht innerhalb eines Monats ab Wirksamwerden dieser Vereinbarung stattfindet. Die Kündigungserklärung bedarf auch in diesem Fall der Schriftform.

§ 9

Einigung

1. Einigen sich die Parteien im Mediationsverfahren, so soll ihre Einigung klar und unzweideutig und, wenn nicht das Gesetz eine andere Form erfordert,^{A27} schriftlich^{A28} niedergelegt und von beiden Parteien und dem Mediator unterschrieben werden. Die Urkunde soll in drei von beiden Parteien und dem Mediator unterschriebenen Urschriften errichtet werden, wovon jede Partei und der Mediator ein Exemplar erhalten.^{A29}
2. Die Vereinbarung soll auch eine Einigung der Parteien über die Kosten der Mediation enthalten. Etwaige Erstattungsansprüche sollen der Höhe nach ausgewiesen werden. War bei Beginn des Mediationsverfahrens Klage bereits erhoben, so erklären die Parteien den Rechtsstreit übereinstimmend für erledigt; die Vereinbarung soll in diesem Fall auch eine Einigung der Parteien über die Kosten des gerichtlichen Verfahrens enthalten.^{A30}
3. Die in der Vereinbarung bestimmten Leistungspflichten der Parteien sollen möglichst vollstreckbar sein.^{A31}

§ 10 Vertraulichkeit

1. Die Parteien verpflichten sich, über sämtliche Tatsachen, die ihnen im Zusammenhang mit der Durchführung des Mediationsverfahrens bekannt geworden sind sowie über die Tatsache, dass ein Mediationsverfahren anhängig ist, Stillschweigen zu bewahren.^{A32} Sie dürfen solche Informationen nicht zu anderen Zwecken als zur Erreichung einer Einigung im Mediationsverfahren verwenden, insbesondere nicht in einem etwa nachfolgenden Schieds- oder Gerichtsverfahren vortragen. Sie dürfen ferner hinsichtlich tatsächlicher Vorgänge im Mediationsverfahren keinerlei Beweisanträge stellen.^{A33} Von der Verpflichtung zur Vertraulichkeit umfasst ist auch der Inhalt einer in der Mediation erzielten Einigung.
2. Dies gilt nicht für Tatsachen, die eine Partei in gesetzlich zulässiger Weise von dritter Seite erfahren hat oder die offenkundig sind.^{A34} Ferner gilt dies nicht für Tatsachen, die eine Partei zur Geltendmachung von Ansprüchen oder zur Verteidigung gegen Ansprüche aus oder im Zusammenhang mit dieser Mediationsvereinbarung, dem Mediatorvertrag oder einer in der Mediation erzielten Einigung vortragen muss.^{A35}
3. Die Parteien dürfen den Mediator in einem etwa nachfolgenden Schieds- oder Gerichtsverfahren nicht als Zeugen oder Sachverständigen für die nach vorstehenden Absätzen vertraulich zu behandelnden Tatsachen benennen, die ihm während des Mediationsverfahrens in seiner Eigenschaft als Mediator bekannt geworden sind.^{A36}

§ 11 Scheitern der Mediation

1. Die Mediation ist gescheitert, wenn das Mediationsverfahren nach den Bestimmungen des § 8 Abs. 2 Ziff. c), d), e) oder Abs. 3 dieses Vertrages endet.
2. Hinsichtlich der Kosten gilt auch im Falle des Scheiterns § 12 Abs. 2 und 3.

§ 12 Kosten^{A37}

1. (...) hat den vereinbarten Kostenvorschuss an den Mediator zu bezahlen.^{A38}
2. Erzielen die Parteien keine abweichende Einigung, so trägt jede Partei ihre Aufwendungen selbst; die Vergütung des Mediators und den ihm zustehenden Aufwendersatz tragen die Parteien je zur Hälfte.
3. Erscheint eine Partei ohne Entschuldigung gem. § 4 Abs. 4 zu einer Sitzung nicht und kommt es zu keiner Einigung gem. § 9 dieses Vertrages, so gilt vorstehender Absatz mit der Maßgabe, dass diese Partei die Vergütung des Mediators und den ihm zustehenden Aufwendersatz allein trägt.

Anmerkungen zu Muster M 6.1

- 35 **A1 Sachverhalt:** Die Parteien sind über ein bürgerlich-rechtliches Schuldverhältnis in Streit geraten. Der Streitgegenstand ist bestimmt; es wurde etwa bereits ein Klageentwurf übersandt, der Sachverhalt und prozessualen Anspruch bezeichnet. Sie einigen sich auf ein Mediationsverfahren.
- 35a **A2 Streitgegenstand:** Die genaue Bezeichnung des Streitgegenstandes ist Voraussetzung für die Bestimmtheit des vereinbarten Klageverzichts und die Wirkung der vereinbarten Stundung. Der Begriff des Streitgegenstandes ist dem Zivilprozessrecht (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO) entnommen. Gemeint ist der prozessuale Anspruch. Zu bezeichnen sind die geltend gemachte Forderung (entsprechend dem im gerichtlichen Verfahren zu stellenden Antrag)

und der zugrunde liegende Lebenssachverhalt, vgl. statt vieler *Reichold* in Thomas/Putzo, ZPO, 37. Aufl. 2016, Einl. II Rz. 11).

A3 Neutralität: Die Neutralität des Mediators ist für das Verfahren der Mediation konstitutiv. Die Verpflichtung zur Neutralität bedarf, wenn sie sich nicht – wie für den Notar gem. § 14 Abs. 1 Satz 2 BNotO – unmittelbar aus dem Gesetz ergibt, der gesonderten Begründung durch Vereinbarung im Mediatorvertrag (vgl. hierzu M 6.5 [Rz. 104]). Zum Problembereich insgesamt vgl. *Sorge*, MittBayNot 2001, 50 ff. Zum Begriff der Neutralität in der Mediationsliteratur vgl. *Brown/Marriott*, ADR Principles and Practice, 1999, 128. 36

A4 Zweck der Mediation: Nach BGH, Urt. v. 23.11.1983 – VIII ZR 197/82, MDR 1984, 485 = NJW 1984, 669 (670), stellt die Beschränkung der Klagbarkeit durch Vorschaltung eines Güteverfahrens (nur?) dann keine **unangemessene Beschränkung des Rechtswegs** dar, wenn die Vertragspartner an der Anrufung der Gütestelle ein berechtigtes Interesse haben; ebenso BGH, Urt. v. 18.11.1998 – VIII ZR 344/97, MDR 1999, 311 = NJW 1999, 647 (648). Unabhängig davon, ob dieser Rechtsprechung zu folgen ist (ablehnend zu Recht *Eidenmüller*, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, 2001, 20), ist zu empfehlen, den Sinn und Zweck des Mediationsverfahrens in der Vereinbarung festzuhalten. 37

A5 Benennung des Mediators: Gem. § 2 Abs. 1 MediationsG wählen die Parteien den Mediator aus. Für den Fall, dass ein **Ersatzmediator** benannt werden soll, muss einer entsprechenden Ergänzung auch die Bestimmung zur Kündigung wegen Wegfalls des Mediatorvertrages in § 8 Abs. 2e) des Vertragsmusters angepasst werden. 38

A6 Vertrauliche Einzelgespräche mit den Konfliktparteien (*caucus* oder *shuttle diplomacy*, § 2 Abs. 3 Satz 3 MediationsG) sind eine vielfach erfolgversprechende Methode der Mediation zur Überwindung des Verhandlungsdilemmas zwischen integrativem und damit offenem Verhandeln einerseits und distributivem, taktischem Verhandeln andererseits (*Eidenmüller* in Breidenbach/Henssler, Mediation für Juristen, 1997, 31 [52]; *Walz*, MittBayNot 2001, 53; *Walz* in *Walz* [Hrsg.], Verhandlungstechnik für Notare, 2003, 45 [51]; a.A. *Grziwotz*, Erfolgreiche Verhandlungsführung und Konfliktmanagement durch Notare, Rz. 185; ausführlich *Brown/Marriott*, ADR Principles and Practice, 1999, 174 ff.). Da das vertrauliche Einzelgespräch bei den Konfliktparteien jedoch geeignet ist, Zweifel an der Neutralität des Mediators zu wecken und weil gem. § 2 Abs. 3 Satz 3 MediationsG „allseitiges Einverständnis“ der Parteien erfordert, ist eine **ausdrückliche Regelung** seiner Zulässigkeit ratsam (zu den Vor- und Nachteilen von Einzelgesprächen ausführlich *Walz*, MittBayNot – Sonderheft Schlichtung und Mediation 2000, 32 [33 f.]; ferner *Sorge*, MittBayNot 2001, 50 [51]). 39

A7 Rechtsberatung: Ob der Mediator zur Rechtsberatung verpflichtet sein soll, ist nicht in der Mediationsvereinbarung, sondern im Mediatorvertrag zu regeln. Vgl. hierzu daher die Ausführungen zum Mediatorvertrag, Rz. 98 ff. 40

A8 Einigungsvorschlag: Die Regelung gestattet den flexiblen Übergang vom sog. *facilitative approach* zum sog. **evaluative approach** im laufenden Mediationsverfahren (vgl. *Brown/Marriott*, ADR Principles and Practice, 1999, 127 und 137; *Greger/Unberath/Steffek*, § 1 MediationsG Rz. 5). Je nachdem, ob diese Tätigkeiten zur Zuständigkeit des Mediators gehören sollen oder dies als mediationsfremdes, vielmehr typisches Merkmal der Schlichtungstätigkeit angesehen wird (vgl. *Wagner*, DNotZ 1998, Sonderheft zum 25. Deutschen Notartag, 34, 99 [100]), machen die Konfliktparteien von der Möglichkeit Gebrauch, den Mediator um Mitteilung seiner eigenen Einschätzung der Streitfrage oder gar um Fertigung eines Einigungsvorschlages zu ersuchen. 41

A9 Entscheidungsbefugnis: Vgl. hierzu die Einführung (oben Rz. 1 ff.); ferner *Brown/Marriott*, ADR Principles and Practice, 129. 42