

Maria Mattioli

Mediation in der anwaltlichen Praxis

unter Berücksichtigung
des neuen Mediationsgesetzes



Maria Mattioli

Mediation in der anwaltlichen Praxis

unter Berücksichtigung
des neuen Mediationsgesetzes



Wolfgang Metzner Verlag

© Wolfgang Metzner Verlag, Frankfurt am Main 2012
Das Werk ist urheberrechtlich geschützt.
Jede Verwertung außerhalb der Freigrenzen des Urheberrechts
ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar.
Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen,
Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung
in elektronischen Systemen.

Gestaltungskonzept Farnschläder&Mahlstedt, Hamburg
Umschlagabbildung © plainpicture/Image Source
Druck und Einband Kösel, Altusried-Krugzell
Printed in Germany
ISBN 978-3-943951-05-9

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

Inhalt

Einführung 5

1 Was ist Mediation? 9

- 1.1 Begriffsbestimmung 9
- 1.2 Mediationsgrundsätze 11
- 1.3 Rolle des Mediators 11
 - 1.3.1 Garantie des Verfahrensrahmens 12
 - 1.3.2 Unterstützung der Verhandlung 13
 - 1.3.3 Gewährleistung des Verfahrensabschlusses 13
- 1.4 Einleitung einer Mediation 14
- 1.5 Ablauf einer Mediation 14

2 Parteianwalt und begleitende Mediation?! 17

- 2.1 Wann bietet sich ein Mediationsverfahren an? 17
- 2.2 Welche Rolle übernimmt der Parteianwalt? 18
- 2.3 Welche Argumente sprechen aus Parteisicht für die Mediation? 20
- 2.4 Welche Kosten deckt die Rechtsschutzversicherung? 24
- 2.5 Welche Vorteile ergeben sich für den Parteianwalt? 25
- 2.6 Welche Faktoren begründen den Erfolg der Mediation? 27
 - 2.6.1 Verstehen statt überzeugen wollen 27
 - 2.6.2 Anerkennung des eigenen Konfliktbeitrags 28
 - 2.6.3 Interessenorientierung 29
 - 2.6.4 Selbstbestimmte Ergebnisgestaltung 30
 - 2.6.5 Lösungsraumerweiterung 32
- 2.7 Welche Haftungsrisiken bestehen bei Nichtbeachtung von Mediation? 33
- 2.8 Welche Kosten- und Vergütungsgesichtspunkte sind von Relevanz? 34
 - 2.8.1 Kostenrisiko für den Mandanten 35
 - 2.8.2 Vergütungspotenzial für den Parteivertreter 36

3 Rechtliche Rahmenbedingungen 41

- 3.1 Kein »rechtsfreier Raum« 41
 - 3.1.1 Recht in der Mediation 41
 - 3.1.2 Recht der Mediation 42
- 3.2 Rechtliche Aspekte im Überblick 42
 - 3.2.1 Vorfeld der Mediationstätigkeit 42
 - 3.2.2 Mediationsvereinbarung und Durchführung des Mediationsverfahrens 43
 - 3.2.3 Abschlussvereinbarung 43
 - 3.2.4 Rechtswirkungen nach Abschluss der Mediation 43
- 3.3 *Exkurs*: Die obligatorische Mediationsklausel 44
 - 3.3.1 Inhalt 44
 - 3.3.2 Zulässigkeit 44

4 Mediationsgesetz 49

- 4.1 Einführung 49
- 4.2 EU-Mediations-Richtlinie 49
- 4.3 Zentrale Regelungsinhalte 51
 - 4.3.1 Person des Mediators 51
 - 4.3.2 Tätigkeitsbeschränkungen des Mediators 53
 - 4.3.3 Gewährleistung der Vertraulichkeit 54
 - 4.3.4 Aufgaben des Mediators und Verfahrensrahmen 54
 - 4.3.5 Prozess- und verfahrensrechtliche Neuerungen 56
 - 4.3.6 Finanzielle Förderung der Mediation 59

5 Fazit 63

Anmerkungen 65

Anhang 67

- M1 Mediationsvereinbarung 68
- M2 Obligatorische Mediationsklausel für allgemeine Vertragsgestaltung 75
- M3 Klausel für erweiterten Vertraulichkeitsschutz in einer Mediationsvereinbarung 75
- M4 Rechtsberatungsklausel in einer Mediationsvereinbarung 76
- M5 Konfliktbeilegungsverfahren im Vergleich 76

Einführung

Mediation ist auf dem Vormarsch: Die fortschreitende Entwicklung der einvernehmlichen Konfliktlösung in den letzten Jahren verdeutlicht, dass Staat, Wirtschaft und Öffentlichkeit die Chancen alternativer Konfliktlösungsmethoden, und hier insbesondere der Mediation, zunehmend erkennen und für sich positiv nutzen bzw. fördern.

Dementsprechend wurden seit 2002 in verschiedenen Bundesländern unter Federführung der jeweils zuständigen Justizministerien in zahlreichen Gerichten der Zivil-, Arbeits- und Verwaltungsgerichtsbarkeit Modellprojekte zur Erprobung der richterlichen Mediation nach Klageerhebung durchgeführt. Nach neuer Rechtslage sind die Beendigung dieser Projekte bis zum 1. 8. 2013 und deren Überführung in das sog. Güterichtermodell vorgesehen, um die *außergerichtliche* Mediation stärker zu fördern (→ Kap. 4.3.5).

Auch das Bundesverfassungsgericht hat in einer bemerkenswerten Entscheidung aus dem Jahre 2007 zur Verfassungsmäßigkeit der obligatorischen außergerichtlichen Streitschlichtung in Nordrhein-Westfalen festgestellt:

(BVerfG, Beschluss v. 14. 2. 2007, 1 BvR 1351/01, Rz. 35)

»Eine zunächst streitige Problemlage durch eine einverständliche Lösung zu bewältigen, ist auch in einem Rechtsstaat grundsätzlich vorzugswürdig gegenüber einer richterlichen Streitentscheidung.«

Im Jahre 2008 haben sich einige namhafte Unternehmen (u. a. SAP, E.ON, Audi, Bayer, Deutsche Telekom, Deutsche Bahn, Siemens, Bombardier) im »Round Table Mediation und Konfliktmanagement der deutschen Wirtschaft«¹ zusammengeschlossen, um in regelmäßigen Zusammenkünften ihre Erfahrungen auf dem Gebiet des unternehmensinternen und unternehmensübergreifenden Konfliktmanagements – insbesondere im Wege der Mediation – auszutauschen sowie ihre Kompetenzen unter wissenschaftlicher Begleitung zu bündeln und weiterzuentwickeln.

Die EU-Richtlinie Nr. 2008/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen vom 21.5.2008 hat in Deutschland den Anstoß zu einer breit angelegten Gesetzgebungsinitiative gegeben, an deren Ende der Erlass des »Gesetzes zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung« (MediationsförderungsgG, BGBl. 2012 I, S. 1577) vom 21.7.2012 stand, dessen Herzstück das Mediationsgesetz (MediationsG) ist (ausführlich → Kap. 4).

Das jüngste Maßnahmenpaket der EU zum Ausbau der alternativen Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten, insbes. die Richtlinie über alternative Streitbeilegung und die Verordnung über Online-Streitbeilegung, wird bis 2014/2015 umzusetzen sein.²

Nach alledem stellt sich die Frage: Welche Rolle wird die Anwaltschaft in dieser Entwicklung spielen? Aktiver Motor oder bloßer Zaungast?

Ein Blick auf das Angebot auf dem Fortbildungsmarkt zeigt eine Fülle von Ausbildungen zum Mediator³. Parteienanwälte empfehlen ihren Mandanten jedoch noch selten diesen Weg, oftmals weil ihnen grundsätzliche Informationen fehlen, über die Mediation selbst, ihre Rolle als Parteivertreter in einem solchen Verfahren und auch über ihre Verdienstchancen. Mangels entsprechender, speziell auf die Anliegen von Parteienanwälten zugeschnittener Informationen empfinden Anwälte die Mediation bisweilen als Konkurrenz zu ihrer klassischen Dienstleistung der Rechtsberatung und Prozessvertretung und befürchten den Verlust von Mandanten auf dem ohnehin schon engen Rechtsberatungsmarkt.

Der vorliegende Leitfaden nimmt die Verabschiedung des Mediationsgesetzes zum Anlass, diese Informationslücke zu schließen und Parteienanwälte, die keine Mediatoren sind, in die Lage zu versetzen,

- ihre Parteien umfassend über die für ihr konkretes Anliegen zur Verfügung stehenden Konfliktlösungsverfahren zu informieren,
- die Mediationseignung eines Falles kompetent zu beurteilen und
- ihre Parteien in einer Mediation professionell zu begleiten und zu beraten.

Hierzu wird der Leitfaden zunächst eine Einführung in die Konfliktlösungsmethode der Mediation und konkrete Hinweise zur Einleitung eines Mediationsverfahrens und dessen Ablauf geben (→ Kap. 1).

Darauf aufbauend wird beleuchtet, wie sich Parteienanwälte das neue Betätigungsfeld als mediationsbegleitende Parteienanwälte erschließen können (→ Kap. 2).

Hierzu wird insbesondere dargestellt,

- inwieweit die umfassende Aufklärungspflicht des Anwalts auch die Verfahrensoption der Mediation umfasst und welche mediationsbezogenen Angaben nun in jeder Klageschrift vorgesehen sind;
- anhand welcher Kriterien zu beurteilen ist, ob ein Konflikt für die Mediation geeignet ist;
- welche Rolle dem Parteivertreter in einer Mediation zukommt;
- welche Argumente aus Parteisicht und aus Sicht des Parteianwalts für eine Mediation sprechen;
- welche Kosten die Rechtsschutzversicherung übernimmt;
- welche Faktoren den Erfolg der Mediation begründen;
- welche Haftungsrisiken für den Anwalt bei Nichtberücksichtigung der Mediation in der Beratung des Mandanten zu möglichen Verfahrensoptionen bestehen;
- welche neuen Chancen sich dem Anwalt auch in vergütungsrechtlicher Hinsicht eröffnen.

Anschließend wird ein Überblick über die allgemeinen rechtlichen Rahmenbedingungen der Mediation gegeben (→ Kap. 3) bevor die zentralen Regelungsinhalte des neuen Mediationsgesetzes (→ Kap. 4) erläutert werden. In diesem Zusammenhang wird auch aufgezeigt, welche der für den Anwaltsmediator geltenden Tätigkeitsbeschränkungen, den Parteianwalt zuverlässig gegen Mandatsverlust schützen.

Angereichert wird der Leitfaden im Anhang durch ausgewählte Mustertexte, um dem Parteianwalt praxisbewährte Vorlagen für die Gestaltung oder Überprüfung mediationsrelevanter Vertragstexte oder -klauseln an die Hand zu geben.

Ziel des Leitfadens ist es, dem Parteianwalt die Chancen aufzuzeigen, die mit der Erweiterung seines Beratungsangebots um die parteiliche Rechtsberatung in der Mediation einhergehen und ihm das für diese zeitgemäße Dienstleistung notwendige Wissen und Handwerkszeug zu vermitteln.

1 Was ist Mediation?

1.1 Begriffsbestimmung

Mediation ist eine alternative Methode zur Konfliktvermittlung durch einen neutralen Dritten. Bislang bestand Uneinigkeit bezüglich des Mediationsbegriffes. Nunmehr findet sich in §1 Abs.1 MediationsG eine Legaldefinition:

Legaldefinition § 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.«

In § 1 Abs. 2 MediationsG wird der Mediator als eine unabhängige und neutrale Person ohne Entscheidungsbefugnis beschrieben, die die Parteien durch die Mediation führt.

Mediation ist also:

- ein freiwilliges und vertrauliches Verfahren zur Konfliktbearbeitung
- in dem die Konfliktparteien gemeinsam und selbstbestimmt
- mit Unterstützung eines neutralen Dritten ohne eigene Entscheidungskompetenz
- auf der Grundlage der jeweiligen Interessen
- eine für alle Seiten vorteilhafte Lösung des Konflikts entwickeln.

Abhängig davon, ob die Streitsache bereits gerichtlich anhängig ist, werden folgende beiden Arten der Mediation unterschieden:

Erstens, das Mediationsverfahren wird unabhängig von einem Gerichtsverfahren durch einen außergerichtlichen Mediator durchgeführt, sog. echte »außergerichtliche Mediation«.

Zweitens, ein außergerichtlicher Mediator wird in einer Streitsache tätig, die bereits gerichtlich anhängig ist: Das jetzt in § 278a ZPO n.F. geregelte Mediationsverfahren nach Klageerhebung kann auf eigene Initiative der Parteien oder auf unverbindlichen Vorschlag des Gerichts eingeleitet werden, wobei das Gericht für die Dauer des Mediationsverfahrens das Ruhen des Gerichtsverfahrens anordnet. Diese Mediationsart wird auch »gerichtsnahe Mediation« genannt, wobei die Bezeichnung uneinheitlich ist und in den Anfängen der gerichtlichen Modellprojekte auch für die richterliche Mediation gebräuchlich war.

Mögliche Einsatzfelder der Mediation sind u. a.:⁴

- Familie
z. B. Trennungs- und Scheidungsmediation
- Wirtschaft
z. B. Konflikte zwischen Gesellschaftern oder Geschäftspartnern, etwa in Vertragsbeziehungen um gewerbliche Schutzrechte und Urheberrechte, Konflikte in der Kundenbeziehung
- Arbeitsplatz
z. B. Konflikte zwischen Mitarbeitern oder zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat sowie arbeitsrechtliche Konflikte
- Erbschaft
z. B. Auseinandersetzung einer Erbengemeinschaft
- Immobilien
z. B. Konflikte am Bau oder in Wohnungseigentümergeinschaften
- Öffentlichkeit/Umwelt
z. B. Konflikte um eine Flughafenerweiterung
- Gesundheitswesen
z. B. Ärztefehler
- Strafrecht
z. B. beim Täter-Opfer-Ausgleich

1.2 Mediationsgrundsätze

Professionell durchgeführte Mediationen orientieren sich an folgenden Leitprinzipien:

Neutralität und Allparteilichkeit

Ein Mediator ist unabhängig und unterstützt alle Parteien gleichermaßen in ihrem Verhandlungsprozess.

Freiwilligkeit

Jede Partei entscheidet aus freien Stücken über den Beginn und die Fortführung der Mediation.

Informiertheit

Alle Entscheidungen werden auf einer gemeinsamen Informationsbasis und in Kenntnis der eigenen rechtlichen Möglichkeiten getroffen.

Eigenverantwortlichkeit

Die Parteien entwickeln mit Unterstützung des Mediators und innerhalb des rechtlich Möglichen ihre Lösungen selbstständig.

Vertraulichkeit

Alle Beteiligten verpflichten sich, sämtliche Informationen, die sie im Laufe der Mediation erhalten, vertraulich zu behandeln.

1.3 Rolle des Mediators

Die Parteien sollen ihren Streit eigenverantwortlich und selbstbestimmt regeln, ohne dass der Mediator eigene Lösungsvorschläge einbringt. Somit stellt sich die Frage, welche Rolle dem Mediator zukommt.

Vereinfacht ausgedrückt ist die Rollenverteilung so gestaltet, dass der Mediator für die Steuerung des Verhandlungsprozesses, also für das Verfahren zuständig ist, während die Parteien für den Inhalt der Verhandlungen und für das Ergebnis verantwortlich sind.

Als »Regisseur des Verfahrens« erfüllt der Mediator die im Folgenden beschriebenen Aufgaben.

1.3.1 Garantie des Verfahrensrahmens

→ Muster einer Mediationsvereinbarung einer anwaltlichen Mediatorin: Anhang M1

Nach Kontaktaufnahme und Erläuterung des Mediationsverfahrens können sich die Parteien für den Abschluss einer Mediationsvereinbarung mit dem Mediator entscheiden, in der üblicherweise folgende Punkte geregelt werden:

→ M1, Nr.1

- die Rolle und die Pflichten des Mediators;

→ M1, Nr.2

- die Pflichten der Parteien;

→ M1, Nr.3

- die Grundsätze des Mediationsverfahrens (→ Kap. 1.2), insbesondere die Vertraulichkeit;

→ M1, Nr.4

- der Verfahrensbeginn und die Verjährungshemmung (vgl. § 203 BGB);

→ M1, Nr.5

- eine Stillhaltevereinbarung für die Dauer des Verfahrens;

→ M1, Nr.6

- die Verfahrensbeendigung;

→ M1, Nr.7,
ggf. gesonderte
Vereinbarung

- die Vergütung: Meist rechnet der Mediator nach Stundenaufwand ab und die Parteien übernehmen die Kosten i. d. R. anteilig. Da die Teilnahme am Mediationsverfahren freiwillig ist, bestimmen die Konfliktparteien selbst die Aufnahme sowie die Dauer einer Mediation, d. h. jede Partei kann unter Einhaltung der vereinbarten Regeln zur Verfahrensbeendigung die Mediation vorzeitig abbrechen; in diesem Fall werden nur die bis zum Abbruch aufgewandten Stunden berechnet. Da die Kosten also von der tatsächlichen Dauer der Mediation abhängig sind, haben die Parteien die Kosten in der Hand;

→ M1, Nr.8

- ggf. eine Klausel zur Haftungsbegrenzung (für einen anwaltlichen Mediator nach § 51a Abs. 1 Nr. 2 BRAO zulässige Klausel).

Bei der Festlegung des Settings bestimmt der Mediator nach den (häufig telefonischen) Vorgesprächen den Kreis der Teilnehmer an der Mediation und den Ort der Mediation. Bewährt hat sich ein für beide Seiten neutraler Ort.

Der Mediator veranlasst zu Beginn des Verfahrens die Vereinbarung von Verfahrensregeln, insbesondere von Kommunikationsregeln, für deren Einhaltung er im Laufe des Verfahrens sorgt (z. B. zuhören und ausreden lassen, fairer Umgang, keine beleidigenden bzw. verletzenden Äußerungen).

Ferner achtet der Mediator auf die Einhaltung der Mediationsgrundsätze (→ Kap. 1.2).

Zu den außerordentlich wichtigen Aufgaben des Mediators zählt auch die Strukturierung des Verfahrens, da die Parteien in einer Kon-

fliktsituation regelmäßig von einem Verhandlungsrahmen profitieren, um wieder zu einer gemeinsamen Kommunikationsbasis zu gelangen und damit den Weg zu einer Lösung des Konflikts zu ebnen.

Grundlage der Verhandlungsführung des Mediators sollte im Sinne aller Beteiligten ein effizientes Zeit-Management sein.

1.3.2 Unterstützung der Verhandlung

Der Mediator verfügt über eine spezielle Ausbildung gerade auch in Verhandlungs- und Kommunikationstechniken, die es ihm ermöglicht,

- Blockadesituationen aufzubrechen und so die häufig gestörte Kommunikation zwischen den Parteien zu fördern und wiederherzustellen und
- die tatsächlichen Interessen der Konfliktparteien herauszuarbeiten, indem nicht wie vor Gericht die Rechtspositionen im Vordergrund stehen, sondern die Frage, was die Mandanten wirklich wollen. Liegen diese Anliegen erst einmal auf dem Tisch und werden von der anderen Seite (an-)erkannt, eröffnen sich meist gemeinsame Lösungsoptionen, die im Gerichtssaal bei der konfrontativen Auseinandersetzung um rechtliche Ansprüche nicht möglich gewesen wären.

1.3.3 Gewährleistung des Verfahrensabschlusses

Der Mediator hat die förmliche Beendigung des Mediationsverfahrens wie folgt sicherzustellen:

- Im Einigungsfall (75–90 % der Fälle → Kap. 2.3 m. w. N.) in Gestalt einer Abschlussvereinbarung:
Hier wird der Mediator die Parteien möglicherweise auf Punkte in der Vereinbarung hinweisen, die für ihre Umsetzbarkeit oder für den Fall veränderter äußerer Gegebenheiten noch zu klären sind (»Realitäts-Check«). Für die (steuer-)rechtlich relevanten Absprachen wird der Mediator darauf hinwirken, dass jede Partei die Abschlussvereinbarung vor der endgültigen Unterzeichnung einer externen Überprüfung durch einen Anwalt und ggf. andere externe Berater wie z. B. einen Steuerberater unterzieht (§ 2 Abs. 6 MediationsG → 4.3.4).
- Bei Scheitern einer Mediation durch eine schriftliche Erklärung über die Beendigung der Mediation seitens mindestens einer Partei oder des Mediators.

1.4 Einleitung einer Mediation

Ein Mediationsverfahren kann auf folgenden Wegen eingeleitet werden:

- infolge einer Einigung der Konfliktparteien, eine Mediation durchführen zu wollen;
- auf Initiative einer Konfliktpartei und nach späterer Einholung des Einverständnisses der anderen Konfliktpartei;
- auf Empfehlung des privaten Umfelds;
- auf Empfehlung professioneller Berater, z. B. Rechtsanwälte, Steuerberater, Unternehmensberater;
- auf Vorschlag bzw. Hinweis des Gerichts oder nach richterlicher Anordnung eines Informationsgesprächs über Mediation (§ 278a ZPO n. F., ggf. i. V. m. § 202 Satz 1 SGG oder § 173 Satz 1 VwGO oder § 155 Satz 1 FGO oder § 99 Abs. 1 Satz 2 PatG oder § 82 Abs. 1 Satz 2 MarkenG; § 54a ArbGG; §§ 36a, 135, 150 Abs. 4, 156 Abs. 1 Satz 3, Abs. 3 Satz 2, 81 Abs. 2 Nr. 5 FamFG);
- aufgrund der Eigeninitiative des Mediators nach Kenntniserlangung von einem in der (Medien-)Öffentlichkeit diskutierten Konfliktfall;
- aufgrund einer Mediationsklausel.

1.5 Ablauf einer Mediation

Eine Mediation ist ein strukturiertes Verfahren, das im Folgenden kurz skizziert wird, indem die für jeden Schritt relevanten Fragen aufgeführt werden. Es wird gemeinhin in fünf Phasen aufgeteilt:

Phase 1 Einführung und Mediationsvereinbarung

Was ist Mediation und welche Erwartungen haben die Parteien?

Welche Grundsätze (→ Kap. 1.2) und Kommunikationsregeln (Beispiele → Kap. 1.3.1) sind zu beachten?

Phase 2 Themensammlung (Agenda)

Worum geht es?

Was soll im Einzelnen besprochen werden?