

Schriften zur Mediation und außergerichtlichen Konfliktlösung

Camilla Bertolino

Der Mediationsvertrag

Die Vertragsbeziehung zwischen Mediator und Medianten
und ihre Gestaltung

Band 7



Wolfgang Metzner Verlag

Band 7

Schriften zur Mediation und außergerichtlichen Konfliktlösung

Schriften zur Mediation und außergerichtlichen Konfliktlösung

Herausgegeben von
Professor Dr. Christoph Althammer
Professor Dr. Jörg Eisele
Dr. Heidi Ittner
Professor Dr. Martin Löhnig

Camilla Bertolino

Der Mediationsvertrag

Die Vertragsbeziehung zwischen Mediator und Medianten
und ihre Gestaltung



Wolfgang Metzner Verlag

© Wolfgang Metzner Verlag, Frankfurt am Main 2020

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.

Printed in Germany

ISBN 978-3-96117-071-5 (Print)

ISBN 978-3-96117-072-2 (Online)

ISSN 2195-2477

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

Vorwort **12**

1. Teil **14**

Einleitung **14**

A. Untersuchungsgegenstand **14**

B. Forschungsstand **15**

C. Gang der Darstellung **16**

2. Teil **19**

Rechtliche Grundfragen zum Mediationsvertrag **19**

A. Vertragsbeziehungen in der Mediation **19**

I. Mediationsvertrag **20**

1. Begriff **20**

2. Regelungsinhalt **20**

3. Form **21**

4. Drittfinanzierte Mediation **22**

5. Institutionelle Mediation **23**

II. Mediationsabrede **25**

1. Begrifflichkeit **25**

2. Regelungsinhalt **26**

3. Arten von Mediationsabreden **27**

a) Ad hoc **27**

b) Mediationsklausel **27**

c) Eskalationsklausel, Konfliktmanagementvertrag und -vereinbarung **28**

III. Abschlussvereinbarung **29**

1. Begrifflichkeiten **30**

2. Inhalt und Form **30**

- 3. Parteien der Abschlussvereinbarung **32**
- 4. Rechtswirksamkeit **32**
- 5. Vollstreckbarkeit **33**

- B. Rechtliche Einordnung des Mediationsvertrages **34**
 - I. Vertragliche Besonderheiten **35**
 - 1. Mehrseitiger Vertrag **35**
 - 2. Dauerschuldverhältnis **37**
 - 3. Materiell-rechtlicher Vertrag **37**
 - II. Rechtsnatur **38**
 - 1. Unentgeltliche Mediation **38**
 - 2. Entgeltliche Mediation **39**
 - a) Streitstand **39**
 - aa) Werkvertrag **39**
 - bb) Geschäftsbesorgungsvertrag **40**
 - cc) Dienstvertrag **42**
 - dd) Vermittelnde Auffassung **42**
 - ee) Stellungnahme **43**
 - b) Praxisrelevanz **43**
 - C. Verhältnis zu den gesetzlichen Bestimmungen **44**
 - I. Allgemeines **44**
 - II. MediationsG **44**
 - 1. Verhältnis des MediationsG zu vertraglichen Vereinbarungen **45**
 - a) Zwingende Voraussetzung **45**
 - b) Dispositive Vorschriften **46**
 - 2. Berufsrecht der Mediatoren **47**
 - a) Eigenständiges Berufsbild? **47**
 - b) Vorschriften des MediationsG **49**
 - c) Zulassungsvoraussetzungen **50**
 - III. Berufsrechtliche Regelungen **51**
 - 1. Einleitung **51**
 - 2. Reichweite des Berufsrechts der Herkunftsberufe **51**
 - a) Streitstand **51**
 - b) Berufsrechtserstreckung **52**
 - c) Restriktive Auslegung **52**

3. Bedeutung für Anwaltmediatoren	54
a) Anwendbarkeit des anwaltlichen Berufsrechts	54
aa) Mediation als Kernbereich anwaltlicher Tätigkeit?	54
bb) Unabhängigkeit der Mediation von der anwaltlichen Tätigkeit	55
cc) Anwendung des anwaltlichen Berufsrechts als Ausnahme	56
b) §§ 7a, 18 BORA	56
c) Konsequenzen für Anwaltmediatoren	57
d) Die Entscheidung des BGH vom 21.9.2017	58
3. Teil	61
Der Weg zum Vertragsabschluss	61
A. Vertragsparteien	61
I. Mediator	61
1. Auswahl Mediator	61
a) Mediationsklausel	62
b) Kriterien für die Auswahl	62
aa) Qualifikation	63
(1) Einfacher Mediator § 5 Abs. 1 MediationsG	63
(2) Zertifizierter Mediator § 5 Abs. 2 MediationsG	64
(3) Private Lizenzierungssysteme	64
bb) Fachkenntnisse	65
(1) Erforderlichkeit	65
(2) Juristische Expertise	66
c) Auswahl durch den Versicherer	67
2. Co-Mediation	68
a) Rollenverteilung	68
b) Eignung der Co-Mediation	69
c) Vertragliche Gestaltung	71
d) Risiken	71
3. Mediationsorganisationen	72
II. Konfliktparteien	73
1. Allgemeines	73
2. Beispiele	74
3. Mehrparteienmediation: Umgang mit (Interessen-)Vertretern	75
III. Einbeziehung von Dritten	77
1. Voraussetzungen	77

- 2. Vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten **78**
- 3. Beteiligung von Rechtsanwälten **79**
 - a) Eignung **79**
 - b) Umfang und Form **80**
 - c) Chancen und Risiken **81**
- B. Vorvertragliche Pflichten **83**
- C. Vertragsabschluss **83**
 - I. Zeitpunkt **83**
 - II. Umfang **85**
- 4. Teil **86**
- Inhalt des Mediationsvertrages **86**
 - A. Gegenstand der Mediation **86**
 - B. Die Rolle des Mediators **88**
 - I. Einleitung **88**
 - II. Verfahrensleitung **88**
 - III. Verfahrensgerechtigkeit **89**
 - IV. Keine eigene Entscheidungsbefugnis **91**
 - V. Neutralität, Unabhängigkeit und Allparteilichkeit **91**
 - 1. Allgemeines **91**
 - 2. Begrifflichkeiten **92**
 - a) Unabhängigkeit **92**
 - b) Neutralität **94**
 - c) Allparteilichkeit **95**
 - 3. Verhältnis der Eigenschaften zueinander **96**
 - 4. Vergleich mit anderen Verfahren **98**
 - 5. Haltung des Mediators **100**
 - a) Allparteilichkeit als Ziel des Mediators **100**
 - b) Umgang mit Gefährdungen der Allparteilichkeit **101**
 - 6. Offenbarungspflichten und Tätigkeitsbeschränkungen **101**
 - a) Offenbarungspflicht **102**
 - aa) Umfang **102**
 - bb) Voraussetzung **103**

- b) Eingeschränktes Tätigkeitsverbot (§ 3 Abs. 1 MediationsG) **104**
 - c) Absolutes Tätigkeitsverbot (§ 3 Abs. 2 MediationsG) **105**
 - aa) Allgemeines **105**
 - bb) Voraussetzungen **106**
 - cc) Vereinbarkeit mit Art. 12 GG **108**
 - d) Personen derselben Berufsausübungs- oder Bürogemeinschaft **109**
 - aa) Voraussetzungen **109**
 - bb) Bedingtes Tätigkeitsverbot **110**
- VI. Musterklausel – Die Rolle des Mediators **111**
- C. Freiwilligkeit **112**
- I. Allgemeines **112**
- II. Umfang **113**
- III. Vergewisserungspflicht des Mediators **115**
- IV. Musterklausel – Freiwilligkeit **115**
- D. Vertraulichkeit **116**
- I. Prinzip der Vertraulichkeit **116**
- 1. Vertraulichkeit als Wesensmerkmal der Mediation **116**
 - 2. Begrifflichkeit **116**
 - 3. Die Aspekte der Vertraulichkeit **118**
 - a) Nichtöffentlichkeit des Mediationsverfahrens **118**
 - b) Verschwiegenheitspflicht **118**
 - 4. Vertraulichkeit im Spannungsverhältnis zur Transparenz **119**
- II. Gesetzliche Regelung **120**
- 1. Mediationsrichtlinie **120**
 - 2. § 4 MediationsG **120**
 - a) Umfang **121**
 - b) Persönlicher Geltungsbereich **122**
 - c) Ausnahmen **123**
 - aa) Zur Umsetzung oder Vollstreckung der Vereinbarung (S. 3 Nr. 1) **124**
 - bb) Gründe der öffentlichen Ordnung (S. 3 Nr. 2) **124**
 - cc) Offenkundige Tatsachen und Bedeutungsloses (S. 3 Nr. 3) **125**
 - dd) Andere gesetzliche Regelungen **126**
 - ee) Schutzwürdige Interessen des Mediators **127**
 - 3. Verhältnis zu anderen berufsrechtlichen Regelungen **127**

- III. Parteivereinbarung **128**
 - 1. Erforderlichkeit **128**
 - 2. Aufklärungspflicht des Mediators **129**
 - 3. Prozessrechtliche Vereinbarung **129**
 - 4. Inhalt **131**
 - a) Mediator **131**
 - b) Medianten **132**
 - aa) Allgemeines **132**
 - bb) Umfang **132**
 - cc) Fehlen einer Parteivereinbarung **134**
 - c) Weitere Personen **134**
 - d) Vertragsstrafe **135**
 - aa) Allgemeines **135**
 - bb) Erforderlichkeit **137**
- IV. Rechtsfolgen bei Verstoß **138**
 - 1. Gegen § 4 MediationsG **138**
 - 2. Gegen die Parteivereinbarung **139**
- V. Musterklausel – Vertraulichkeit **140**
 - E. Aufklärungspflichten **141**
 - I. Allgemeines **141**
 - II. Musterklausel **143**
 - F. Mitwirkung bei der Abschlussvereinbarung **143**
 - I. Allgemeines **143**
 - II. Einbeziehung des Rechts **145**
 - 1. Bedeutung des Rechts für die Abschlussvereinbarung **145**
 - 2. Einbeziehung durch den Mediator? **146**
 - a) Rechtsdienstleistung **147**
 - aa) Hinweis auf externe Rechtsberatung **147**
 - bb) Anwaltmediatoren **148**
 - b) Informationspflicht des Mediators **149**
 - III. Folgetermin **151**
 - IV. Musterklausel – Abschlussvereinbarung **151**
 - G. Haftung **152**

- I. Haftungsbeschränkung **152**
 - 1. Allgemeines **152**
 - 2. Berufsrechtliche Besonderheiten bei Anwälten **154**
- II. Haftung des Mediators **154**
 - 1. Vertragliche Haftung **155**
 - a) Pflichtverletzung **155**
 - aa) Nichtleistung **156**
 - (1) Unmöglichkeit der Leistung **156**
 - (2) Möglichkeit der Leistung **156**
 - bb) Schlechtleistung **157**
 - cc) Verzug **158**
 - 2. Deliktische Haftung **158**
 - 3. Kausalität und Schaden **159**
 - 4. Darlegungs- und Beweislast **160**
 - III. Haftung Co-Mediatoren **161**
 - IV. Rechtsprechung zur Haftung von Mediatoren **161**
 - V. Haftpflichtversicherung **163**
 - VI. Musterklausel – Haftung **164**
 - H. Mediation und das streitige Verfahren **164**
 - I. Verjährung **164**
 - 1. Hintergrund **164**
 - a) Verjährung i.S.d. BGB **164**
 - b) Bedeutung für die Mediation **165**
 - c) Vorgabe Mediationsrichtlinie **166**
 - 2. Gesetzliche Regelung **166**
 - a) Verjährungshemmung bei Verhandlungen (§ 203 BGB) **167**
 - aa) Beginn **167**
 - (1) Mediationsklausel **168**
 - (2) Entscheidung zur Mediation im Konfliktfall **168**
 - bb) Ende **169**
 - cc) Ablaufhemmung **170**
 - b) Verjährungshemmung nach § 204 Abs. 1 Nr. 4 BGB **170**
 - 3. Ausschlussfristen **171**
 - a) Allgemeines **171**
 - b) Analoge Anwendung § 203 BGB? **171**

- c) Notfristen **173**
- 4. Parteivereinbarung **173**
- II. Vorläufiger Klageverzicht **175**
 - 1. Allgemeines **175**
 - 2. Voraussetzungen für die Vereinbarung **176**
 - 3. Zulässigkeit **177**
 - 4. Einstweiliger Rechtsschutz **177**
 - 5. Rechtsfolgen **178**
- III. Musterklausel – Verjährung, Gerichtsverfahren **179**
 - I. Beendigung des Mediationsvertrages **180**
 - I. Beendigung durch Konfliktlösung **180**
 - II. Vorzeitige Beendigung **180**
 - 1. Beendigung durch die Medianten **181**
 - a) Allgemeines **181**
 - b) Reaktion des Mediators **182**
 - c) Die Entscheidung des EuGH **182**
 - 2. Beendigung durch den Mediator **183**
 - a) Rechtsgrundlage **183**
 - b) Erforderlichkeit eines rechtfertigenden Grundes? **184**
 - c) Stellungnahme **186**
 - 3. Rechtsfolgen der Beendigung **187**
 - a) Vergütung **187**
 - b) Haftung des Mediators **189**
 - 4. Dispositives Recht? **190**
 - III. Musterklausel – Beendigung des Mediationsvertrages **192**
 - J. Kosten **192**
 - I. Vergütungsvereinbarung **193**
 - 1. Höhe der Vergütung **193**
 - a) Vergütung nach Zeit **194**
 - b) Pauschalhonorar **196**
 - c) Erfolgshonorar **196**
 - d) Co-Mediation **198**
 - e) Auslagen **199**
 - 2. Abtretungsklauseln **199**
 - 3. Fälligkeit **201**

II. Keine Vergütungsvereinbarung	202
III. Kostentragung	202
IV. Kosten bei Einschaltung einer Verfahrensorganisation	203
V. Anwaltmediator	204
VI. Kostenfinanzierung	205
1. Mediationskostenhilfe	205
a) Bisherige Rechtslage	205
b) Empfehlung für die Zukunft	206
2. Rechtsschutzversicherung	208
a) Allgemeines	208
b) Vorbehalte	210
c) Die Entscheidung des BGH vom 14.01.2016	211
d) Chancen	212
VII. Musterklausel – Kosten	213
5. Teil	214
Datenschutz im Rahmen der Mediation	214
A. Hintergrund	214
B. Bedeutung für den Mediationsvertrag	214
C. Regelungsinhalt der DSGVO	216
I. Datenverarbeitung	216
II. Informationspflichten	217
III. Dokumentationspflichten und Verarbeitungsverzeichnis	218
IV. Löschpflichten	219
V. Meldepflicht	220
VI. Datensicherheit	221
1. Technische und organisatorische Maßnahmen	221
2. Verschlüsselung von E-Mails	222
a) Allgemeines	223
b) Formen der Verschlüsselung	223
c) Abwägung	224
d) Einwilligung	225
VII. Datenübermittlung an Dritte (insb. Auftragsverarbeitung)	226

D. Datenschutz bei Berufsheimnisträgern	227
I. Problematik bei Geheimhaltungspflichten	227
II. Ausnahme vom Datenschutz: § 29 BDSG	228
III. Bedeutung für Mediatoren	229
E. Muster – Hinweise zur Datenverarbeitung	231
6. Teil	233
Zusammenfassung	233
A. Rechtliche Grundfragen zum Mediationsvertrag	233
B. Der Weg zum Vertragsabschluss	233
C. Inhalt des Mediationsvertrages	234
D. Datenschutz im Rahmen der Mediation	236
Literaturverzeichnis	239
Abkürzungsverzeichnis	258
Mustervertrag (Anhang)	264

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2019/2020 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur konnten bis Januar 2020 berücksichtigt werden.

Meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. *Martin Henssler*, möchte ich neben der gebotenen Möglichkeit und Betreuung dieser Arbeit auch für sein Interesse und die Offenheit für das Thema danken. Mein besonderer Dank gilt Herrn Prof. Dr. *Matthias Kilian*, der mir die Gelegenheit bot, als wissenschaftliche Mitarbeiterin am Soldan Institut in Köln zu arbeiten. Er hat durch die umfassende Betreuung und seine unkomplizierte Art mit zahlreichen konstruktiven Anregungen und Korrekturen sowie interessierten und wertschätzenden Gesprächen ganz wesentlich zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen. Darüber hinaus sei ihm für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens gedankt.

Ein Dank gilt auch den Herausgebern für die freundliche Aufnahme in die Schriftenreihe „Schriften zur Mediation und außergerichtlichen Konfliktlösung“.

Von Herzen danken möchte ich *Susanne Fest*, die den Kontakt zur Universität Köln hergestellt hat. Sie hat mir wertvolle Einblicke und einen spannenden Einstieg in die Praxis der Mediation ermöglicht, wodurch ein Abgleich der Arbeit mit eben dieser möglich wurde. Durch ihre jahrelange Erfahrung als Mediatorin und ihre einfühlsame Art hat sie mich als wunderbare Ansprechpartnerin unterstützt und inspiriert.

Meinen lieben (ehemaligen) Kolleginnen Dr. *Christina Esser*, Dr. *Hannah Hoffmann* und *Leonie Waldhausen* sei für ihre Begleitung und den Austausch in den letzten Jahren ganz herzlich gedankt. Ihre Gesellschaft hat meinen Büroalltag erheblich verschönert.

Meinen Eltern *Pia Keßler* und *Thomas Städtler* sowie meinem Bruder *Lukas Städtler* danke ich von Herzen für das aufmerksame Korrekturlesen und die darüberhinausgehende liebevolle Unterstützung. Mein besonderer Dank gilt meinem

Mann *Julian Bertolino* für seinen stetigen Zuspruch und die Ermutigung zum Erstellen dieser Arbeit. Auch meine Tochter *Chiara* ist zu erwähnen, die durch eine komplikationslose Schwangerschaft die Fertigstellung der Arbeit kurz vor ihrer Geburt ermöglicht hat. Gewidmet ist diese Arbeit meinen Eltern, ohne deren grenzenlosen Rückhalt und großzügige Unterstützung in jeglicher Hinsicht ich die Studien- und Promotionszeit nicht in dieser Form geschafft hätte.

Camilla Bertolino, Juni 2020

1. Teil

Einleitung

A. Untersuchungsgegenstand

Die Mediation ist keine Modeerscheinung. Es stellt sich nicht mehr die Frage, was Mediation eigentlich ist und ob sie wirklich ernst zu nehmen ist.¹ Das Verfahren ist in den letzten Jahrzehnten als Form der außergerichtlichen Konfliktbeilegung in den Fokus gerückt² und ist zu einer echten Alternative und Ergänzung zum streitigen Rechtsweg geworden³. In der deutschen Bevölkerung hat sich von 2011 bis 2018 der Anteil derer, die von der Mediation gehört haben, von 57 auf 73 Prozent erhöht.⁴ Bei den ordentlichen Gerichten sind die jährlichen Neuzugänge nachhaltig rückläufig.⁵ Das am 26.7.2012 in Kraft getretene MediationsG hat eine rechtliche Grundlage für das Verfahren geschaffen und zu einer weiteren Professionalisierung der Mediation beigetragen.⁶ Auch wenn die Mehrheit der Mediatoren⁷ angibt, die Mediation als eine Nebentätigkeit beziehungsweise nur „ausnahmsweise“ auszuüben⁸, hat die Tätigkeit sich mittlerweile als eigenständiger Beruf etabliert⁹. Durch die am 1.9.2017 in Kraft getretene ZMediatAusV sollen die Qualitätssicherung der Mediationsdienstleistungen und Markttransparenz gewährleistet werden. Auch wenn die erwartete und von vielen erhoffte ‚Revolution‘ im Bereich der Mediation bislang ausge-

¹ So bspw. noch *Hacke*, S. 15 f.

² *Klowait/Gläßer-Klowait/Gläßer*, Teil 1 Rn. 55.

³ *Trenzsek/Berning/Lenz/Will-Trenzsek*, Kap. 1.1 Rn. 57.

⁴ Roland Rechtsreport 2018, S. 22, https://www.roland-rechtsschutz.de/media/rechtsschutz/pdf/unternehmen_1/ROLAND_Rechtsreport_2018.pdf [zuletzt abgerufen: 2.4.2019].

⁵ *Kilian/Dreske*, Statistisches Jahrbuch 17/18, S. 303.

⁶ *Kilian*, Berufsrechtsbarometer 2015, S. 33; *Deckenbrock*, AnwBl 2016, 316, 319; *Prütting*, AnwBl 2012, 204, 205.

⁷ Soweit personenbezogene Bezeichnungen in männlicher Form aufgeführt sind, beziehen sich diese stets in gleicher Weise auf alle Geschlechter. Dies ist nicht geschlechtsspezifisch gemeint, sondern geschieht ausschließlich aus Gründen der besseren Lesbarkeit.

⁸ Evaluationsbericht zum Mediationsgesetz 2017, S. 72; https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/StudienUntersuchungenFachbuecher/Evaluationsbericht_Mediationsgesetz.pdf?__blob=publication-File&v=1 [zuletzt abgerufen: 2.4.2019].

⁹ *Römermann/Praß*, AnwBl 2013, 499, 500.

blieben ist, lässt sich eine kontinuierliche Evolution und ein Sog in Richtung Weiterentwicklung des Konfliktmanagements beobachten.¹⁰ Daher gewinnt die Tätigkeit von Mediatoren an Bedeutung und damit auch die vertragliche Grundlage ihres Tätigwerdens, der Mediationsvertrag.

Seit den Anfängen der Mediation in Deutschland wird diskutiert, inwieweit das Recht hier eine Rolle spielt und es einer Verrechtlichung des Verfahrens bedarf.¹¹ Die Besonderheit der Mediation liegt darin, dass die Beteiligten durch eine vertiefte Interessenklärung selbst in der Lage sind Lösungen für ihre Konflikte zu entwickeln. Die dadurch gestärkte Eigenverantwortung der Medianten könnte durch rechtliche Vorgaben eingeschränkt und der Lösungsraum begrenzt werden. Neben dem MediationsG kann auch der Mediationsvertrag als ein weiterer Rechtsaspekt gesehen werden, der das Verfahren zusätzlich einengt. Diese Annahme geht jedoch fehl. Vielmehr soll der Vertrag einen Rahmen für das Verfahren schaffen, der Klarheit bringt und dem Schutz der Medianten, des Mediators und nicht zuletzt auch der Mediation selbst dient. Anstatt das Recht auf der einen und die interessen- und personenorientierte Mediation auf der anderen Seite zu sehen, kann eine Wechselwirkung zwischen beiden zu einer sich ergänzenden und gegenseitig bereichernden Einheit führen. Die Medianten bewegen sich nicht in einem rechtsfreien Raum und brauchen Lösungen, die das geltende Recht berücksichtigen und langfristig in ihren Alltag integriert werden können. Eine auf den Einzelfall zugeschnittene und den Interessen und Bedürfnissen der Parteien angepasste Vertragsgestaltung bringt regelmäßig erhebliche Vorteile für beide Seiten mit sich. Es wird eine klare und transparente Regelung geschaffen, die den Medianten ermöglicht, sich in einem geschützten Rahmen auf das Verfahren einzulassen. Unstimmigkeiten zwischen dem Mediator und den Medianten können weitestgehend im Vorhinein durch einen Mediationsvertrag ausgeschlossen und die Voraussetzungen für einen reibungslosen Ablauf geschaffen werden.

B. Forschungsstand

Das vertragliche Verhältnis zwischen Mediator und Medianten sowie sämtliche sich in diesem Zusammenhang ergebenden und typischerweise regelungsbedürftigen Fragen sind Gegenstand der vorliegenden Untersuchung. Ziel ist es, einen vertraglichen Rahmen herauszuarbeiten, der die Problemstellungen berücksichtigt und Risiken einschränkt, und gleichzeitig dem Wesen der Mediation gerecht wird und ihre bestmögliche Entfaltung mit allen Facetten ermöglicht. Umfangreiche Darstellungen zu

¹⁰ Bezogen auf den Unternehmenskontext: PwC/EUV 2016, S. 81.

¹¹ Hacke, S. 18 f.; Haft/Schlieffen-Haft/Schlieffen, Vorwort zur dritten Auflage.

dieser Vertragsbeziehung, die sämtliche aktuell in der Literatur vorgetragene Aspekte berücksichtigen, existieren nicht. Mit der Thematik befassen sich insbesondere eine Untersuchungsstudie aus dem Jahr 2001 zu ADR-Verträgen im Allgemeinen¹² und eine Untersuchungsstudie von 2003 zum Mediationsvertrag im Speziellen¹³. Eine weitere Arbeit von 2006 beschäftigt sich mit den rechtlichen Rahmenbedingungen für die Mediatorentätigkeit.¹⁴ Den Arbeiten ist gemein, dass sie lange vor Inkrafttreten des MediationsG veröffentlicht wurden, sie die Mediation nicht als einen eigenständigen Beruf anerkennen und demnach davon ausgehen, dass das jeweilige Berufsrecht der Herkunftsberufe und die daraus resultierenden Berufspflichten auf die Mediatoren Anwendung finden. Durch das Inkrafttreten des MediationsG und der ZMediatAusV hat das Verfahren eine rechtliche Grundlage und damit eine wesentlich andere Gestalt bekommen. Dadurch sind bisher geführte Diskussionen zu der vertraglichen Beziehung zwischen Mediator und Medianten weitgehend neu zu beurteilen. Aktuelle Kommentare zum MediationsG¹⁵ und umfassende Werke zur Mediation¹⁶ befassen sich zwar mit Einzelproblemen zum Mediationsvertrag, enthalten jedoch keine geschlossene Darstellung hierzu. Teilweise wurden Mustervorschläge veröffentlicht¹⁷, die jedoch einer umfassenden Erörterung der einzelnen Problemstellungen entbehren. Die knappen gesetzlichen Regelungen des MediationsG und der Mangel an einschlägiger Rechtsprechung in dem Bereich gebieten eine durchdachte Vertragsgestaltung, für die diese Arbeit eine Hilfestellung bieten soll.

C. Gang der Darstellung

Die Untersuchung gliedert sich in vier Kapitel und bezieht sich (mit Ausnahme des Täter-Opfer-Ausgleichs) auf die außergerichtliche Mediation. Im ersten Kapitel werden die rechtlichen Grundfragen zum Mediationsvertrag dargestellt. Dabei werden die notwendigen Begrifflichkeiten und die Unterscheidung der drei verschiedenen Vertragsbeziehungen in der Mediation geklärt. Im Rahmen der rechtlichen Einordnung des Mediationsvertrages wird auf die Besonderheiten der Vertragsbeziehung eingegangen und diese im bestehenden Rechtssystem eingeordnet. Besonderes Augenmerk wird dabei auf die gesetzlichen Entwicklungen durch das MediationsG und die ZMediatAusV gelegt und geprüft inwieweit die Mediation mittlerweile als ei-

¹² Hacke, Der ADR-Vertrag.

¹³ Nölting, Mediationsverträge.

¹⁴ Hornung, Rechtliche Rahmenbedingungen für die Tätigkeit freier Mediatoren.

¹⁵ Insb. Greger/Unberath/Steffek; Fritz/Pielsticker; Kloweit/Gläßer.

¹⁶ Insb. Eidenmüller/Wagner; Haft/Schlieffen; Henssler/Koch; Trenczek/Berning/Lenz/Will.

¹⁷ U.a. Groß, S. 3 ff.; Walz-Bülow, Kap. 6 Rn. 104.

genständiges Berufsbild anerkannt werden kann. Es wird dargestellt welche Auswirkungen eine Anerkennung der Mediation als eigenständiger Beruf für das Berufsrecht der Herkunftsbereufe der Mediatoren hat. Dies wird konkret am Beispiel der Anwaltmediatoren erörtert.

Das zweite Kapitel beschäftigt sich damit, wie, wann und in welcher Form es zum Vertragsabschluss zwischen Mediator und Medianten kommt, wie ersterer beispielsweise ausgewählt wird und welche Kriterien hierfür im Einzelfall relevant sind oder relevant werden können. Dabei wird auch darauf eingegangen, wie Dritte, vornehmlich Rechtsanwälte, in das Verfahren (und den Vertrag) einbezogen werden können. Den Schwerpunkt der Untersuchung bildet das dritte Kapitel das den Inhalt des Mediationsvertrages umfassend darstellt. Darin wird auf sämtliche regelungsbedürftigen Aspekte und die sich daraus ergebenden Fragen eingegangen. Bei der Rolle des Mediators, werden vornehmlich seine Allparteilichkeit und die sich daraus ergebenden Tätigkeitsbeschränkungen erörtert. Die Freiwilligkeit und Vertraulichkeit als zwei der Grundprinzipien der Mediation stellen einen wesentlichen Bestandteil des Mediationsvertrages da. Neben der Bedeutung der Vertraulichkeit wird auf die gesetzlichen Regelungen und denkbaren Parteivereinbarungen hierzu sowie etwaige Rechtsfolgen bei einem Verstoß eingegangen. Es folgt eine Darstellung der bestehenden Aufklärungspflichten des Mediators. Zudem wird erörtert, ob und inwieweit der Mediator an einer Abschlussvereinbarung mitwirkt und das Recht in das Verfahren mit einbezogen wird. Als weiterer Regelungspunkt werden Haftungsfragen, die sich im Rahmen der Mediation stellen, unter Berücksichtigung der neusten Rechtsprechung geklärt. Dabei ist neben den in Betracht kommenden Haftungsfällen insbesondere auf die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung einzugehen. Da die Medianten regelmäßig in einer Rechtsbeziehung zueinander stehen, werden weiter Berührungspunkte in Zusammenhang mit dem streitigen Verfahren erörtert. Hierbei geht es insbesondere um den Umgang mit Verjährungs- und Ausschlussfristen sowie mit einem vorläufigen Klageverzicht. Zudem werden die unterschiedlichen Beendigungsmöglichkeiten eines Mediationsverfahrens und die vertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten hierzu dargestellt. Abschließend werden die Kosten der Mediation, insbesondere die Höhe der Vergütung und die Kostentragung beziehungsweise -finanzierung (Mediationskostenhilfe und Rechtsschutzversicherung) erörtert.

Das vierte und letzte Kapitel der Arbeit befasst sich mit dem Datenschutz, der durch das Inkrafttreten der DSGVO am 25.5.2018 an Bedeutung gewonnen hat und auch in der Vertragsbeziehung zwischen Mediator und Mediant eine wichtige Rolle spielt. Klärungsbedürftig ist dabei insbesondere, in welcher Beziehung die berufsrechtliche Verschwiegenheitspflicht des Mediators und datenschutzrechtliche Auskunftspflichten stehen.

In einer abschließenden Zusammenfassung werden die wesentlichen Ergebnisse der Untersuchung thesenartig dargestellt. Die Musterklauseln zu den einzelnen Regelungspunkten sowie der vollständige Mustervertrag veranschaulichen die Umsetzung in der Praxis und geben eine Hilfestellung bei der Vertragsgestaltung für praktizierende Mediatoren.

2. Teil

Rechtliche Grundfragen zum Mediationsvertrag

A. Vertragsbeziehungen in der Mediation

An einem Mediationsverfahren sind mindestens drei Personen beteiligt – im Einzelnen ein Mediator und zwei Konfliktparteien.¹⁸ Zwischen den Beteiligten bestehen verschiedene vertragliche Beziehungen, die voneinander abzugrenzen sind.¹⁹ In vielen Fällen stehen die Medianten bereits vor der Mediation in einem Rechtsverhältnis, aus dem der Konflikt resultiert.²⁰ Hinzu kommen die Verträge, die in Zusammenhang mit dem Mediationsverfahren geschlossen werden. Dabei sind neben dem Mediationsvertrag insbesondere die Mediationsabrede und die Abschlussvereinbarung zu nennen.²¹ Der Mediationsvertrag wird zwischen den Konfliktparteien und dem Mediator geschlossen. Darin wird die Durchführung des Mediationsverfahrens sowie die wechselseitigen Rechte und Pflichten vereinbart.²² Die Mediationsabrede ist die zwischen den Konfliktparteien getroffene Vereinbarung, eine Mediation durchzuführen.²³ Im Rahmen der Abschlussvereinbarung können sie am Ende des Verfahrens ihre erzielten Ergebnisse festhalten.²⁴ Die drei genannten Vertragsverhältnisse sind die Grundlage für die Verfahrensgestaltung der Mediation und die Streitbeilegung.²⁵ Sie sind nicht ausdrücklich, also typenbezogen, geregelt.²⁶ Dies macht es umso wichtiger, die Verträge sorgfältig und unter Berücksichtigung von Detailfragen auszugestalten.

Der Sprachgebrauch ist, bezogen auf die Vertragsbeziehungen, sowohl in der Literatur als auch in der Praxis, uneinheitlich.²⁷ Mit Ausnahme der Abschlussvereinbarung (§ 2 Abs. 6 MediationsG) sind die Verträge nicht im Mediationsgesetz geregelt.

¹⁸ Haft/Schlieffen-Fischer, § 25 Rn. 62.

¹⁹ Eidenmüller/Wagner-Wagner, Kap. 2 Rn. 1; Fritz/Pielsticker-Pielsticker, § 2 Rn. 78.

²⁰ Fischer/Unberath-Unberath, S. 47, 51.

²¹ Fischer/Unberath-Unberath, S. 47, 51; Unberath, ZKM 2012, 13.

²² Haft/Schlieffen-Fischer, § 25 Rn. 62; Risse, § 4 Rn. 10.

²³ Fischer/Unberath-Fischer, S. 61; Fischer/Unberath-Unberath, S. 47, 54; Greger/Unberath/Steffek-Greger, B § 1 Rn 132; Haft/Schlieffen-Fischer, § 25 Rn. 7; Töben, RNotZ 2013, 321, 323.

²⁴ Fritz/Pielsticker-Pielsticker, § 2 Rn. 150; Haft/Schlieffen-Fischer, § 25 Rn. 88.

²⁵ Unberath, ZKM 2012, 13.

²⁶ Fischer/Unberath-Unberath, S. 47, 53.

²⁷ Fischer/Unberath-Fischer, S. 61.

Welche Begrifflichkeiten genutzt werden, ist, insbesondere für die Praxis, nicht entscheidend. Vielmehr kommt es darauf an, dass sich der Mediator und die Medianten der verschiedenen Verträge und ihrer (rechtlichen) Bedeutung bewusst sind. Im Folgenden wird die oben genannte Terminologie verwendet.

I. Mediationsvertrag

Im Konfliktfall suchen die Konfliktparteien einen Mediator oder kontaktieren den Mediator, auf den sie sich bereits im Rahmen einer Mediationsabrede geeinigt haben. Mit ihm wird der Mediationsvertrag geschlossen.

1. Begriff

Der Vertrag, mit dem sich die Medianten auf die Durchführung einer Mediation einigen, ist richtigerweise als Mediationsvertrag zu bezeichnen.²⁸ Zwar wird bislang überwiegend der Begriff Mediatorvertrag verwendet²⁹, das generische Maskulinum ist jedoch mit Blick auf eine geschlechtersensible Sprache heute nicht mehr zeitgemäß. Für den Inhalt und die Auswirkungen ist die Bezeichnung ohne weitere Bedeutung, sollte jedoch mit Blick auf die Verständlichkeit und Übersichtlichkeit einheitlich geführt werden.

2. Regelungsinhalt

§ 2 MediationsG setzt einen Mediationsvertrag als Grundlage für die Mediation voraus und konkretisiert verschiedene Anforderungen an das Verfahren.³⁰ Dies gibt eine Orientierung für die Vertragsgestaltung.³¹ Die vertraglichen Vereinbarungen gehen den gesetzlichen Bestimmungen vor. Größtenteils handelt es sich bei dem MediationsG um dispositives Recht, von dem die Parteien abweichen, beziehungsweise das sie erweitern können.³² Im Mediationsvertrag vereinbaren die Medianten mit

²⁸ AG Lübeck, NJW 2007, 3789; Henssler/Koch-Koch, § 11 Rn. 1; Trenczek/Berning/Lenz/Will-Lenz/Berning/Trenczek, Kap. 4.4 Rn. 13; Rabe/Wode, S. 6.

²⁹ Duve/Eidenmüller/Hacke/Fries, S. 101; Eidenmüller, S. 32.; Fischer/Unberath-Unberath, S. 47, 52; Greger/Unberath/Steffek-Greger, B § 2 Rn. 33; Nöling, S. 10; Risse, § 4 Rn. 10; Trams, S. 6; Friedrich, MDR 2004, 481; Schwartz/Holger, DStR 2009, 2338.

³⁰ Greger/Unberath/Steffek-Greger, B § 2 Rn. 1; Ahrens, NJW 2012, 2467.

³¹ Klowitz/Gläßer-Gläßer, Teil 2 § 2 Rn. 21.

³² Klowitz/Gläßer-Gläßer, Teil 2 § 2 Rn. 21; Risse, SchiedsVZ 2012, 244, 247.

dem Mediator die Durchführung einer Mediation³³ und begründen damit wechselseitige Rechte und Pflichten.³⁴ Es können Regelungen über die Rolle des Mediators, den Verfahrensablauf, die Kosten der Mediation, die Haftung etc. getroffen werden.³⁵

3. Form

Für den Mediationsvertrag gelten keine besonderen Formerfordernisse. Er kann grundsätzlich formfrei geschlossen werden.³⁶ Üblich ist jedoch eine schriftliche Dokumentation im Sinne des § 126 BGB.³⁷ Teilweise wird diskutiert, ob eine schriftliche Fixierung des Mediationsvertrages eine zu starke Formalisierung des Verfahrens mit sich bringt.³⁸ Die Erwartung der Parteien läge darin, in formlosen, außergerichtlichen Gesprächen zu einer interessengerechten Konfliktlösung zu kommen. Dies überzeugt im Ergebnis jedoch nicht. Ein schriftlicher Vertrag bietet mehr Rechtssicherheit für alle Beteiligten und ist bereits aus Dokumentations- und Beweisgründen ratsam.³⁹ Die Verbindlichkeit der Vereinbarung und der Wille zur außergerichtlichen Konfliktlösung werden dadurch verdeutlicht und nach außen hin bekundet.⁴⁰ Die Parteien werden angeregt, über ihre Bereitschaft, an der Mediation teilzunehmen, nachzudenken, und bekommen die Gelegenheit, etwaige Zweifel zu äußern und auszuräumen.⁴¹

Bei der konkreten Umsetzung des Mediationsvertrages gibt es verschiedene Gestaltungsmöglichkeiten mit mehr oder weniger formalem Charakter. Die Form ist stets dem jeweiligen Einzelfall unter Berücksichtigung der Interessen der Parteien und dem zugrundeliegenden Streitgegenstand anzupassen. Wichtig ist hierbei, dass der Mediator alle in Betracht kommenden Regelungspunkte im Kopf hat und prüft, was in der gegebenen Situation in welchem Umfang festgehalten werden sollte. In Mediationen etwa zwischen Vertragspartnern, in Scheidungsmediationen oder Streitigkeiten, bei denen bereits rechtliche Schritte eingeleitet wurden, sind ausführliche schriftliche Verträge durchaus üblich und auch ratsam. Nur so können der Mediator und die Medianten sich für sämtliche Eventualitäten absichern und damit die Grundlage

³³ Haft/Schlieffen-Fischer, § 25 Rn. 62.

³⁴ Risse, § 4 Rn. 10.

³⁵ Fritz/Pielsticker-Pielsticker, § 2 Rn. 78; Schwartz/Thomas, DStR 2009, 2338 f.

³⁶ Greger/Unberath/Steffek-Greger, B § 2 Rn. 53; Nölting, S. 46.

³⁷ Eidenmüller/Wagner-Eidenmüller, Kap. 4 Rn. 44.

³⁸ Nölting, S. 47; Ripke, Kon:sens 1999, 26.

³⁹ Henssler/Koch-Koch; § 11 Rn. 19; Nölting, S. 47; Henssler/Kilian, ZAP 2001, 525, 530.

⁴⁰ Risse, NJW 2000, 1614, 1615.

⁴¹ Montada/Kals, S. 257 f.

für eine vertrauensvolle und offene Zusammenarbeit schaffen. In diesem Fall kann eine Mustervorlage verwendet werden, die den Wünschen und Bedürfnissen der Parteien entsprechend angepasst und ergänzt wird. Wichtig ist dabei, dass die einzelnen Punkte im Rahmen des Erstgesprächs mit den Parteien erörtert werden und herausgearbeitet wird, was ihnen jeweils wichtig ist. Eine schriftliche Vereinbarung kann jedoch auch auf unkonventionelle Art festgehalten werden. Dies ist etwa bei innerbetrieblichen Mediationen üblich. Hier wird der äußere Vertrag, bezüglich der Vergütung und den Rahmenbedingungen, bereits vorab mit dem Auftraggeber geschlossen. Mit den Konfliktparteien kann es dann ausreichend sein, die einzelnen Punkte mündlich zu besprechen und beispielsweise nur hinsichtlich der Vertraulichkeit eine schriftliche Vereinbarung (stichwortartig) auf einem Flipchart zu treffen⁴². Die Vereinbarung kann direkt auf dem Flipchart unterschrieben und den Parteien als Fotoprotokoll zugesandt werden.

4. Drittfinanzierte Mediation

Bei einer drittfinanzierten Mediation ist der Auftraggeber, der die Mediation initiiert und den Mediator kontaktiert, selbst nicht Beteiligter der Mediation.⁴³ Die Konfliktparteien beauftragen den Mediator also nicht direkt. Diese Konstellation ist insbesondere im Bereich der innerbetrieblichen Mediation relevant⁴⁴, wenn etwa der Arbeitgeber eine Mediation für den Konflikt zweier Mitarbeiter beauftragt oder die Konzernmutter bei Streitigkeiten zwischen den Tochtergesellschaften tätig wird.⁴⁵ In diesem Fall schließt der Mediator zwei getrennte Verträge – einen inneren und einen äußeren – ab.⁴⁶ Der äußere Vertrag wird mit dem Auftraggeber, also beispielsweise dem Arbeitgeber, der Personal- oder Geschäftsleitung, geschlossen.⁴⁷ Er setzt den Klärungsprozess in Gang, um die Störungen im Arbeitsablauf zu beheben. Hierin werden die Rahmenbedingungen und der Gegenstand der Mediation sowie die Rolle des Mediators und seine Vergütung festgelegt. Zwischen dem Mediator und den Konfliktbeteiligten wird ein innerer Vertrag geschlossen. Sie vereinbaren beispielsweise die Regelungen zur Vertraulichkeit, den Umgang mit dem Ergebnis und andere Verfahrensprinzipien. Auf dieser Ebene findet die eigentliche Konfliktbearbeitung statt.⁴⁸ Zwischen den verschiedenen Vertragsverhältnissen muss, im Rahmen der

⁴² Risse, § 6 Rn. 26.

⁴³ Fritz/Pielsticker-Pielsticker, § 2 Rn. 8; Klowitz/Gläßer-Schmitz-Vornmoor, Teil 1, 3 Rn. 240.

⁴⁴ Faller/Faller, S. 66; Klowitz/Gläßer-Schmitz-Vornmoor, Teil 1, 3 Rn. 240.

⁴⁵ Greger/Unberath/Steffek-Greger, B § 1 Rn. 63.

⁴⁶ Hinrichs-Hinrichs, B Rn. 12.

⁴⁷ Faller/Faller, S. 66.

⁴⁸ Faller/Faller, S. 66.

vereinbarten Vertraulichkeit, eine gewisse Transparenz bestehen. So muss geregelt werden, inwieweit der Auftraggeber über Inhalte beziehungsweise das Ergebnis der Mediation zu informieren ist. Je nach Kontext muss das Ergebnis gegebenenfalls in die Organisation und die Arbeitsabläufe integriert werden.⁴⁹ Der Mediator muss dies stets im Blick haben und auf die Organisationsstruktur und bestehende Systeme achten, in die sich die Ergebnisse der Mediation einfügen müssen.

Nach Greger wird bei der drittfinanzierten Mediation der Mediationsvertrag mit dem Auftraggeber geschlossen, während der Mediator mit den Konfliktparteien einen sogenannten Verhandlungsvertrag schließt.⁵⁰ Der Verhandlungsvertrag umfasst Verfahrensregeln, die für alle Verfahrensbeteiligten gelten sollen.⁵¹ Dies entspricht im Wesentlichen dem inneren Vertrag. Die Unterscheidung zwischen innerem und äußerem Vertrag ist begrifflich jedoch verständlicher und vermeidet eine weitere Verwirrung.

5. Institutionelle Mediation

Das Mediationsverfahren hat in den letzten Jahren zunehmend eine institutionelle Verankerung gefunden.⁵² Es gibt zahlreiche Mediationsorganisationen, die eine eigene Verfahrensordnung haben und Mediatoren vermitteln, beziehungsweise selbst Mediationen anbieten.⁵³ Der Vorteil von Mediationsorganisationen besteht darin, dass sie einen gewissen Qualitätsstandard, der durch ihr Regelwerk sichergestellt wird, garantieren können. Zudem kann die Auswahl des Mediators im Konfliktfall durch eine entsprechende Vermittlung erleichtert werden.⁵⁴ Indem auf die Verfahrensordnungen der Organisation verwiesen wird, müssen die Parteien nicht jeden einzelnen Punkt eigenständig festlegen und aushandeln.⁵⁵

Wie die Vertragsbeziehung zwischen den Parteien, dem Mediator und der Mediationsorganisation ausgestaltet ist, hängt von der jeweiligen Vereinbarung und den Umständen des Einzelfalls ab.⁵⁶ Denkbar sind dabei insbesondere zwei Konstellationen, die vom Schrifttum in unterschiedlicher Weise anerkannt sind: Zum einen können die Medianten mit der Mediationsorganisation einen Rahmenvertrag schließen,

⁴⁹ Faller/Faller, S. 66.

⁵⁰ Greger/Unberath/Steffek-Greger, B § 1 Rn. 136.

⁵¹ Greger/Unberath/Steffek-Greger, B § 1 Rn. 135.

⁵² BeckRA-HdB-Mähler/Mähler, § 48 Rn 36.

⁵³ Eidenmüller/Wagner-Wagner/Eidenmüller, Kap. 1 Rn. 57; Haft/Schlieffen-Fischer, § 25 Rn. 107.

⁵⁴ Greger/Unberath/Steffek-Greger, A Rn. 47 f; Risse, § 3 Rn. 35.

⁵⁵ Fischer/Unberath-Fischer, S. 61, 70; Fischer/Unberath-Unberath, S. 47, 59; Risse, § 3 Rn. 35.

⁵⁶ Haft/Schlieffen-Fischer, § 25 Rn. 109.