

Von Dr. Alexander Loos und Marit Brewitz, LL. M.  
(Dublin), Düsseldorf\*

## Hindert eine Mediationsvereinbarung an der Klage? – Wie lange?

Ob und wie eine Mediationsvereinbarung als Verfahrens- oder sogar als vorübergehendes Klagehindernis wirkt, richtet sich jeweils nach ihrem Inhalt und der Art des betroffenen Streitverfahrens. Der Aufsatz erörtert diese Wirkungsvoraussetzungen und führt die Ergebnisse in einem Klauselvorschlag zusammen.

Whether and how a mediation agreement effects the temporary suspension of legal proceedings or a temporary waiver of the right to sue depends on the agreement's contents and on the nature of the proceeding in question. The essay discusses such key elements and consolidates the results into a sample clause.

### I. Einleitung

Das Inkrafttreten des Mediationsgesetzes<sup>1</sup> hat die Hoffnung wiederbelebt, der Mediation stehe auch in Deutschland eine blühende Zukunft bevor. Dafür wird es nicht zuletzt darauf ankommen, ob und wie lange eine Mediationsvereinbarung den Beginn oder die Fortsetzung des Streitverfahrens verhindert.

Dieser Aufsatz versucht zu beantworten, in wie weit eine Mediationsvereinbarung per se als zeitlich begrenzter Klageverzicht zu sehen ist, oder nur bei kon-

kreter Abrede in der Mediationsvereinbarung. Ferner werden die Auswirkungen der Mediation auf sonstige Verfahren, etwa auf selbstständige Beweisverfahren untersucht. Ausgangspunkt der Überlegungen ist jeweils der funktionale Zusammenhang zwischen einer Mediation und einem dilatorischen Klageverzicht.

### II. Dilatorischer Klageverzicht

Ein dilatorischer Klageverzicht wird in europäischen Jurisdiktionen – aus verschiedensten Gründen – uneinheitlich gesehen. Es lohnt sich ein Blick auf die Ausgangslage in Deutschland.

Der dilatorische Klageverzicht oder das Stillhalteabkommen (*pactum de non petendo*) ist der vertragliche Ausschluss der Klageerhebung für einen begrenzten Zeitraum<sup>2</sup>. Voraussetzungen für ein *pactum de non petendo* sind, dass nach dem Willen der Parteien sowohl die Klageerhebung für einen bestimmten Zeitraum nicht zulässig als auch die Verjährung für diesen Zeitraum gehemmt sein soll<sup>3</sup>. Ein solches Abkommen kann auch konkludent geschlossen werden<sup>4</sup>. Die Zulässigkeit einer solchen Vereinbarung wird mit einem – logisch schwer begründbaren<sup>5</sup> – *argumentum a fortiori* begründet: Wenn § 397 BGB gestatte, ein Schuldverhältnis aufzuheben, dann müsse erst recht die bloße Einschränkung der Klagbarkeit durch Vertrag möglich sein<sup>6</sup>.

Das Vorliegen eines dilatorischen Klageverzichts ist kein von Amts wegen vom Gericht zu prüfendes Prozesshindernis, sondern muss von den Parteien als Einrede vorgetragen werden<sup>7</sup>. Die Einrede ist vor Beginn der mündlichen Verhandlung zu erheben<sup>8</sup>. Wird Einrede erhoben, ist die entgegen der Vereinbarung erhobene Klage als zur Zeit unzulässig abzuweisen<sup>9</sup>.

### III. „Freiwilligkeit“ des Mediationsverfahrens

Der Gesetzgeber definiert den Begriff der Mediation in § 1 Abs. 1 des Mediationsgesetzes (hiernach: MediationsG) als „*vertrauliches und strukturiertes Verfahren, bei dem die Parteien mithilfe eines oder mehrer*

\* Dr. Alexander Loos ist Rechtsanwalt und Partner bei der Sozietät Hogan Lovells International LLP, Marit Brewitz, LL.M. (Dublin) ist Rechtsassessorin und wissenschaftliche Mitarbeiterin ebenda.

1) Mediationsgesetz vom 21. 7. 2012 (BGBl. 2012 Teil I S. 1577).

2) BGH, NJW-RR 1989, 1048; Palandt/Grüneberg, BGB, 71. Auflage 2012, § 271 Rdnr. 13; kritisch zu der Verwendung der Begriffe Stillhalteabkommen und *pactum de non petendo* in Bezug auf Mediationsvereinbarungen Friedrich MDR 2004, 481 (484) m. w. N.

3) BGH, NJW 1973, 316 (317); OLG Koblenz, NJW-RR 1991, 375.

4) BGH, NJW 1973, 316 (317).

5) Immerhin setzt diese Herleitung voraus, dass die Parteiautonomie stärker zu werten sei als der im Rechtsstaat vorausgesetzte unbehinderte Zugang zu den Gerichten – *quod esset demonstrandum*. Kritisch auch Prütting ZZZP (1986) 93. (97 f.), der dem *argumentum a fortiori* mit der Begründung widerspricht, das Minus (die gerichtliche Durchsetzbarkeit) sei auf Grund der gesetzlichen Verfahrensgarantien im Gegensatz zu dem Maius (Anspruchsverzicht) von besonderer Qualität. Da der materiellrechtliche Anspruchsverzicht und der zeitweilige Verzicht auf die Klagbarkeit nicht in einem Verhältnis eines „Mehr“ und „Weniger“ zu einander stünden, sei ein „Erst-Recht-Schluss“ unzulässig.

6) OLG Celle, NJW 1971, 288 (289) m. w. N.; offen gelassen von BGH, NJW 1984, 669 f.; a. A. Prütting, ZZZP 99 (1986), 93 (97 f.) m. w. N.

7) BGH, NJW-RR 1989, 1048 (1049); Palandt/Grüneberg, BGB, 71. Auflage 2012, § 271 Rdnr. 13; So zu Schlichtungsklauseln: BGH, NJW 1984, 669; BGH, NJW 1999, 647 (648); a. A. Wagner, Prozessverträge (1998), S. 439.

8) Friedrich, MDR 2004, 481 (484) m. w. N.

9) BGH, NJW-RR 1989, 1048 (1049); Friedrich, MDR 2004, 481 (484) m. w. N.; ausführlich zur Klageabweisung als zur Zeit unzulässig s. Walchshöfer, in: Festschrift für Schwab (1990), S. 521 ff.

rer Mediatoren freiwillig und eigenverantwortlich eine einvernehmliche Beilegung ihres Konflikts anstreben.“ In der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen<sup>10</sup> (hiernach: Mediationsrichtlinie), die durch das MediationsG umgesetzt wird<sup>11</sup>, definiert Art. 3 a) Mediation als „[...] strukturiertes Verfahren unabhängig von seiner Bezeichnung, in dem zwei oder mehr Streitparteien mit Hilfe eines Mediators auf freiwilliger Basis selbst versuchen, eine Vereinbarung über die Beilegung ihrer Streitigkeiten zu erzielen. Dieses Verfahren kann von den Parteien eingeleitet oder von einem Gericht vorgeschlagen oder angeordnet werden oder nach dem Recht eines Mitgliedsstaates vorgeschrieben sein.“

Die „Freiwilligkeit“ ist ein zentrales Element des Mediationsverfahrens. Welche Bedeutung hat „Freiwilligkeit“ für Mediationsverfahren und welche Folgen ergeben sich daraus für Mediationsvereinbarungen?

### 1. Definition der „Freiwilligkeit“ durch den europäischen Gesetzgeber

Der genaue Bedeutungsgehalt ist weder in der europäischen Richtlinie noch im deutschen MediationsG festgelegt. Nur im Erwägungsgrund (13) der Mediationsrichtlinie findet sich ein Hinweis, wonach Freiwilligkeit meint, „[...] dass die Parteien selbst für das Verfahren verantwortlich sind und es nach ihren eigenen Vorstellungen organisieren und jederzeit beenden können<sup>12</sup>.“ Demnach umfasst „Freiwilligkeit“ zum einen Selbständigkeit der Parteien bei der Organisation ihres Streitbeilegungsprozesses (Organisationsfreiheit) und zum anderen die Freiheit, das Verfahren jederzeit beenden zu können (Kündigungsfreiheit).

### 2. Definition der „Freiwilligkeit“ durch den deutschen Gesetzgeber

Aus der Gesetzesbegründung geht hervor, dass der deutsche Gesetzgeber darunter versteht, „[...] dass die Parteien grundsätzlich selbst entscheiden, ob sie eine Mediation durchführen wollen“<sup>13</sup>. Folglich versteht der deutsche Gesetzgeber die Freiwilligkeit im Rahmen des Mediationsverfahrens als Freiheit, sich für oder gegen das Mediationsverfahren zu entschließen (Entschließungsfreiheit).

§ 2 Abs. 2 des MediationsG verpflichtet den Mediator zu prüfen, ob die Parteien freiwillig an der Mediation teilnehmen. Also wird auch die Freiheit, an der Mediation teilzunehmen (Teilnahmefreiheit) als Aspekt der Freiwilligkeit verstanden. Nach § 2 Abs. 5 S. 1 MediationsG ist die Beendigung der Mediation durch die Parteien jederzeit möglich. Dieses Kündigungsrecht soll nach der Gesetzesbegründung der Freiwilligkeit des Mediationsverfahrens dienen<sup>14</sup>, indem es einer mit der Mediation nicht (mehr) einverstandenem Partei ermögliche, die Mediation sofort abzubrechen. Daraus folgt, dass auch die Kündigungsfreiheit als Aspekt der Freiwilligkeit im Sinne des deutschen Mediationsrechts angesehen wird.

### 3. Folgen des divergierenden Verständnisses der „Freiwilligkeit“

Deutscher und europäischer Gesetzgeber haben also ein in Teilen unterschiedliches Verständnis der „Freiwilligkeit“ einer Mediation.

Dieses divergierende Verständnis verpflichtet, den § 2 Abs. 2 S. 1 MediationsG wegen Art. 3 a) der Mediationsrichtlinie dahingehend europarechtskonform so auszulegen, dass sowohl eine gerichtlich vorgeschlagene oder angeordnete als auch eine gesetzlich vorgeschriebene Mediation mit der Freiwilligkeit des Mediationsverfahrens in Deutschland in Einklang stehen würde<sup>15</sup>. Auch wäre es mit der „Freiwilligkeit“ im Sinne des Mediationsverfahrens nach deutschem Recht vereinbar, Mediation anzuordnen, sie gesetzlich vorzuschreiben und die Parteien zur Teilnahme an einer Mediation zu zwingen.

Solcher Zwang zur Teilnahme an (zumindest) einer ersten Mediationssitzung kann sinnvoll sein<sup>16</sup>, um den Parteien die Darstellung des Falles aus ihrer Sicht zu ermöglichen. Häufig führt bereits eine solche Aussprache zu einer Entspannung und erleichtert einen versachlichten Blick auf den Streitfall, sodass die Parteien nach anfänglichem Teilnahmepflicht anschließend wahrhaft freiwillig an der Mediation teilnehmen<sup>17</sup>.

Für die folgende Untersuchung gehen wir deshalb davon aus, dass der Zwang zur Teilnahme an einer Mediation – sei er nun vertraglich oder gesetzlich begründet – mit dem deutschen Verständnis der „Freiwilligkeit“ in der Mediation grundsätzlich vereinbar wäre.

Aber auch das Recht die Mediation durch Kündigung zu beenden, ist in gewissem Umfang vertraglich begrenzt. Dies ergibt sich für die Mediationsrichtlinie aus der Organisationsfreiheit der Parteien und für das deutsche MediationsG aus der durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützten Vertragsfreiheit. Grenzen findet die Möglichkeit der vertraglichen Abbedingung aber insoweit, als der grundsätzlich freiwillige Charakter des Mediationsverfahrens ausgehöhlt würde, wenn die Kündigungsmöglichkeit für einen sehr langen durch den typischen, den Bedarf einer Mediation nicht gerechtfertigten Zeitraum abbedungen wäre.

Auch wird durch eine solche vertragliche Einschränkung des gesetzlichen Kündigungsrechts aus § 2 Abs. 5 S. 1 MediationsG der Anwendungsbereich des MediationsG nicht verlassen. Voraussetzung für eine wirksame vertragliche Abbedingung des jederzeitigen Kün-

10) Richtlinie 2008/52/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 21. 5. 2008 über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen, ABl. L 136 vom 24. 5. 2008, S. 3 ff.

11) Gesetzentwurf der Bundesregierung Drucks. 17/5335 A.

12) Richtlinie 2008/52/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2008 über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen, ABl. L 136 vom 24. 5. 2008, S. 4, Erwägungsgrund (13) Satz 1 und 2.

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

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

15) So im Ergebnis auch der Gesetzgeber in der Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung, BT-Drucks. 17/5335, S. 14.

16) Risse, Wirtschaftsmediation (2003), § 3 Rdnr. 77 verweist darauf, dass auch Gründe wie fehlende Verfahrenkenntnis, Gesichtsverlust oder die Erwartung mangelnder Akzeptanz der Entscheidung seitens Dritter wie bspw. eines Aufsichtsrats, eine Partei trotz grundsätzlicher Mediationsbereitschaft von einem eigenen Vorschlag zur Mediation abhalten könnten. In solchen Situationen werde die Anordnung durch einen Dritten aber begrüßt.

17) Unberath, NJW 2011, 1320 (1322). Diese Überlegung kommt insbesondere in der betreffenden Regelung der DIS-MedO zum Ausdruck: § 8. 1 (2) S. 1. DIS-MedO lautet: „Das Mediationsverfahren endet, wenn eine Partei es für beendet erklärt sofern zuvor mindestens eine Mediationssitzung [...] stattgefunden hat.“

digungsrechts wäre, dass § 2 Abs. 5 S. 1 MediationsG dispositives Recht enthält. Eine gegenteilige Einschränkung der vertraglichen Gestaltungsbefugnis wie z. B. bei den §§ 1518 S. 1, 2220 BGB ist im MediationsG nicht zu finden. Auch die Gesetzesbegründung zu § 2 Abs. 5 S. 1 MediationsG bietet keine Anhaltspunkte, dass diese Regelung zwingendes Recht enthält. Daher sollte eine vertragliche Vereinbarung über den Ausschluss einer Kündigung der Mediation, zumindest für einen begrenzten Zeitraum, die Anwendung des MediationsG keineswegs ausschließen.

Für die folgenden Überlegungen bedeutet dies, dass vertraglicher Zwang zur Teilnahme und vertragliche Einschränkung des Kündigungsrechts mit dem deutschen Verständnis des Freiwilligkeitsbegriffs im Mediationsverfahren grundsätzlich vereinbar ist.

#### IV. Mediationsabrede stets ein konkludenter Klageverzicht?

##### 1. Literatur

In der Literatur wird vertreten, eine Mediationsvereinbarung sei ebenso wie in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zu Schlichtungsvereinbarungen, regelmäßig als dilatorischer Klageverzicht zu verstehen<sup>18</sup>. Nur ausnahmsweise liege ein solcher Klageverzicht nicht vor, wenn eine Klage zur Wahrung prozessualer Ausschlussfristen geboten sei<sup>19</sup>.

##### 2. Stellungnahme

Die Auffassung, eine Mediationsvereinbarung stelle regelmäßig einen dilatorischen Klageverzicht dar, lässt sich nicht schlüssig mit dem Verweis auf die Rechtsprechung zu Schlichtungsvereinbarungen begründen. Zwar ist eine Schlichtungsvereinbarung auch ohne ausdrückliche Klageverzichtsabrede von der Rechtsprechung häufig als dilatorischer Klageverzicht angesehen worden<sup>20</sup>. Auch ist eine solche Beschränkung der Klagbarkeit nach Auffassung der Gerichte keineswegs unangemessen, sofern ein berechtigtes Interesse an dem außergerichtlichen Konfliktlösungsmechanismus besteht<sup>21</sup>.

Doch erscheint die Rechtsprechung als nicht einheitlich<sup>22</sup>. So hat das Bundesarbeitsgericht entschieden, dass selbst eine in der Klausel mit dem Wort „zunächst“ angelegte Reihenfolge nicht ausreicht, um eine Schlichtungsvereinbarung zugleich als dilatorischen Klageverzicht zu lesen<sup>23</sup>. Für die Annahme eines vorläufigen Klageverzichts sei vielmehr eine ausdrückliche Regelung zu fordern<sup>24</sup>. Regelungen zur Vorgehensweise bei parallelem Ablauf von Mediations- und Gerichtsverfahren könnten allerdings auf einen einstweiligen Klageverzicht hindeuten<sup>25</sup>. Die höchstrichterliche Rechtsprechung zu Schlichtungsvereinbarungen ist insoweit diffus. Ihre pauschale Übertragung auf Mediationsvereinbarungen ist deshalb schwierig, wenn nicht sogar unpassend.

Jene Autoren, die ohne weitere Begründung die Rechtsprechung zu Schlichtungsklauseln auf Mediationsklauseln übertragen, verkennen, dass sich die Streitbelegungsmechanismen der Schlichtung und der Mediation unterscheiden. Die aus der Eigenverantwortlichkeit der Parteien resultierende schwache Stellung des Mediators ist im Vergleich zu der Stellung des Schlichters dafür verantwortlich, dass ohne konkrete

Regelung ein Ende der Mediation und damit das Ende eines etwaigen Klagehindernisses schwer zu bestimmen ist. Denn während sich die Aufgabe des Mediators grundsätzlich in der Hilfe bei der Entscheidungsfindung der Parteien erschöpft, soll der Schlichter den Parteien stets einen unverbindlichen Lösungsvorschlag erarbeiten<sup>26</sup>. Lehnen die Parteien diesen Vorschlag ab, ist die Schlichtung in der Regel auch ohne konkrete Abrede gescheitert und der Klageweg offen. Folglich ergibt sich gerade in Bezug auf einen klar feststellbaren Abschluss des Schlichtungsverfahrens und damit für das Ende eines etwaigen Klageverzichts ein großer Unterschied zur Mediation.

#### 3. Auswirkung einer Mediationsvereinbarung auf ein laufendes gerichtliches Verfahren

Unabhängig von ihrem Wortlaut wirkt jede nach Eintritt der Rechtshängigkeit vereinbarte Mediation auf ein laufendes gerichtliches Verfahren. Dies ordnet der neue § 278 a Abs. 2 ZPO an.

##### a) Mediationsvereinbarung nach Klageerhebung

Schließen die Parteien eine Mediationsvereinbarung nach Klageerhebung, ist offen, ob die Parteien das Mediationsverfahren parallel weiter betreiben dürfen. Erfährt das Gericht von dem außergerichtlichen Streitbelegungsverfahren, ist es gemäß § 278 a Abs. 2 S. 2 ZPO verpflichtet, das Ruhen des Verfahrens anzuordnen. Ein Schiedsverfahren hingegen würde weiter betrieben werden können, da die Vorschriften der ZPO, die außerhalb des zehnten Buches der ZPO geregelt sind, im Schiedsverfahren nicht gelten<sup>27</sup>. Jedenfalls gilt dies soweit die Parteien nicht anderes vereinbart haben.

##### b) Mediationsvereinbarung nach Antrag auf selbstständiges Beweisverfahren

Es stellt sich die Frage, ob die Gerichte gemäß § 278 a Abs. 2 ZPO auch das Ruhen eines selbstständigen Beweisverfahrens anzuordnen haben, wenn eine Mediation parallel stattfindet. Der neue § 278 a Abs. 2 ZPO ist erst mit Gesetz vom 21. 7. 2012<sup>28</sup> in die ZPO aufgenommen worden. Zu ihm gibt es weder einschlägige Literatur noch Rechtsprechung. Insofern empfiehlt sich zunächst die Suche nach vergleichbaren Anwendungsfällen. Hinsichtlich der für Vergleichsverhandlungen anwendbaren Norm des § 251 ZPO, die

18) *Unberath*, NJW 2011, 1320 (1321); *Tochtermann*, ZKM 2008, 89 (91); *Prütting*, AnwBl 2000, 273 (277); *Eidenmüller*, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation (2001), S. 12 f. m. w. N.; *Risse*, Wirtschaftsmediation (2003), § 3 Rdnr. 22.

19) *Unberath*, NJW 2011, 1320 (1322); *Böttcher/Laskawy*, DB 2004, 1247 (1250) m. w. N. meinen, dass Ausschlussfristen ohnehin nicht von einem pactum de non petendo erfasst werden können.

20) *BGH*, NJW 1999, 647; *BGH*, NJW 1984, 669; *BGH*, NJW 1977, 2263; *OLG Celle*, NJW 1971, 288 (289).

21) *BGH*, NJW 1984, 669 (670).

22) *BAG*, NZA 1999, 1350.

23) *BAG*, NZA 1999, 1350 (1352).

24) *BAG*, NZA 1999, 1350 (1352), wobei hinsichtlich der an den Klageverzicht zu stellenden Anforderungen auf das Urteil des Bundesgerichtshofes *BGH*, NJW 1984, 669 verwiesen wird.

25) *BAG*, NZA 1999, 1350 (1352).

26) Zu abgewandelten Formen der Mediation, s. *G. Mähler/H.-G. Mähler*, in: *Büchting/Heussen*, Beck'sches Rechtsanwalts-handbuch (2011), § 47 Rdnr. 66; *Risse*, Wirtschaftsmediation (2003), § 11 Rdnr. 38 ff.

27) *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis (2008), Rdnr. 1277 m. w. N.

28) *BGBL*. 2012 Teil I S. 1577 (1579).

dem Gericht eine sachdienliche Aussetzung freistellt, ist umstritten, ob diese im selbstständigen Beweisverfahren zur Anwendung kommt<sup>29</sup>. Das Argument der Kritiker<sup>30</sup>, ein Ruhen des Verfahrens sei nicht mit dem Eilcharakter des selbstständigen Beweisverfahrens in Einklang zu bringen, wird von der Rechtsprechung zumindest für einvernehmliche selbstständige Beweisverfahren widerlegt<sup>31</sup>. Die Gerichte verweisen darauf, das selbstständige Beweisverfahren sei im zweiten Buch über das Verfahren des ersten Rechtszuges geregelt und aus dieser Systematik ergebe sich, dass kein Grund für die Unanwendbarkeit des § 251 ZPO ersichtlich sei<sup>32</sup>. Auch gebe es in den §§ 485 ff. ZPO keinen Hinweis darauf, dass § 251 ZPO nicht zur Anwendung kommen solle<sup>33</sup>. Und schließlich stehe auch der Zweck des selbstständigen Beweisverfahrens der Anwendung des § 251 ZPO nicht entgegen<sup>34</sup>. Denn das selbstständige Beweisverfahren verfolge zwei Zwecke: Es ermögliche unter bestimmten Bedingungen eine schnelle Beweissicherung ohne Zustimmung der anderen Partei und diene außerdem der Prozessvermeidung, indem erhebliche Vorfragen mit Zustimmung des Gegners geklärt werden könnten<sup>35</sup>. Zumindest mit dem zuletzt genannten Zweck sei ein Ruhen des Beweisverfahrens vereinbar<sup>36</sup>. Folglich sei § 251 ZPO in den Fällen anwendbar, in denen der Gegner dem selbstständigen Beweisverfahren zugestimmt hat (§ 485 Abs. 1 Var. 1 ZPO)<sup>37</sup>. Handele es sich hingegen um ein selbstständiges Beweisverfahren, das wegen drohenden Beweismittelverlusts oder drohender Erschwerung der Benutzung des Beweismittels angeordnet wurde (§ 485 Abs. 1 Var. 2 und 3 ZPO), komme § 251 ZPO nicht zur Anwendung, da dies dem Eilcharakter dieser Verfahrensvariante widerspräche<sup>38</sup>. Im Einzelfall abweichende Konstellationen könnten über das Zweckmäßigkeitserfordernis des § 251 ZPO geregelt werden<sup>39</sup>.

Diese Überlegungen lassen sich durchaus für die Situation nutzen, in der die Parteien übereinkommen, eine Mediation durchzuführen. Zwar steht § 278 a Abs. 2 ZPO nicht im ersten Buch der ZPO (Allgemeine Vorschriften), sondern im zweiten Buch über das Verfahren des ersten Rechtszuges. Auch ist § 278 a Abs. 2 ZPO seinem Wortlaut nach insofern eine strengere Vorschrift, als sie kein Korrektiv für Sonderfälle vorsieht. Dennoch sprechen ähnliche Überlegungen wie bei § 251 ZPO für die jeweilige Anwendbarkeit von § 278 a Abs. 2 ZPO. Dies aus mehreren Gründen: Zum einen regelt § 278 a ZPO nur einen Sonderfall von Vergleichsverhandlungen, nämlich die Mediation<sup>40</sup>. Deshalb ist die Interessenslage vergleichbar. Zum anderen stehen weder die Systematik noch eine ausdrückliche Anordnung des Gesetzes einer Anwendung des § 278 a Abs. 2 ZPO im selbstständigen Beweisverfahren entgegen. Art. 19 Abs. 4 GG als Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz kann die Anwendung des § 278 a Abs. 2 ZPO nur insofern einschränken, als das selbstständige Beweisverfahren auf Eilbedürftigkeit beruht.

## V. Ausgestaltung der Mediationsvereinbarung als dilatorischer Klageverzicht

### 1. Rechtsprechung

Die Gerichte haben bislang zweimal zur alten Rechtslage, d. h. bevor § 2 Abs. 5 S. 1 MediationsG

das jederzeitige Kündigungsrecht zur Regel machte, entschieden, dass eine Mediationsvereinbarung, nach der das Mediationsverfahren jederzeit kündbar bleibt, nicht als dilatorischer Klageverzicht zu werten sei<sup>41</sup>. Auch wenn die streitgegenständlichen Mediationsvereinbarungen nicht mit abgedruckt waren, stellte das Landgericht Heilbronn in seiner Entscheidung fest, dass sich die Parteien nach dem Wortlaut der Klausel verpflichtet hatten, vor Anrufung der ordentlichen Gerichte eine Mediation durchzuführen<sup>42</sup>. Die Entscheidungsgründe des Oberlandesgerichts Frankfurt deuten ebenfalls darauf hin, dass das Mediationsverfahren dem Schiedsverfahren auf Grund des Wortlauts der Klausel „vorgeschaltet“ sein sollte<sup>43</sup>. Sowohl das Oberlandesgericht Frankfurt als auch das Landgericht Heilbronn empfanden eine Klageabweisung mit gleichzeitiger Verweisung des Klägers auf das jederzeit kündbare Mediationsverfahren als „bloße Förmel“<sup>44</sup>. Eine solche Klausel sei ein bloßer Aufruf an die Parteien, sich vor Klageerhebung, um eine außergerichtliche Einigung zu bemühen<sup>45</sup>.

### 2. Literatur

Diese Rechtsprechung findet in der Literatur ein geteiltes Echo<sup>46</sup>. Es wird eingewandt, die Argumentationslinie der Gerichte sei wegen des Grundsatzes *pacta sunt servanda* fragwürdig<sup>47</sup>. Außerdem werde übersehen, dass die Güteverhandlung nach § 278 Abs. 2 S. 1 ZPO nach dieser Argumentation ebenfalls als „bloße Förmel“ angesehen werden müsse<sup>48</sup>. Auch der Gesetzgeber halte ein außergerichtliches Mediationsverfahren für wichtig<sup>49</sup>. Diese Wertung komme in der Neuregelung des § 253 Abs. 3 Nr. 1 ZPO zum Ausdruck<sup>50</sup>. Schließlich setze die Wendung „Durchführung einer Mediation“ ein Verhalten voraus, bei dem

29) Bejahend: *KG*, NJW-RR 96, 1086; *OLG Düsseldorf*, NZBau 2009, 40; Ablehnend: *Zöller/Greger*, ZPO, 29. Auflage 2012, § 251 Rdnr. 2; *Baumbach/Lauterbach/Hartmann/Albers*, ZPO, 70. Auflage 2012, § 251 Rdnr. 3; *MüKo/Gehrlein*, ZPO, 3. Auflage 2008, § 251 Rdnr. 4.

30) *Zöller/Greger*, ZPO, 29. Auflage 2012, § 251 Rdnr. 2; *Baumbach/Lauterbach/Hartmann/Albers*, ZPO, 70. Auflage 2012, § 251 Rdnr. 3; *MüKo/Gehrlein*, ZPO, 3. Auflage 2008, § 251 Rdnr. 4.

31) *OLG Düsseldorf*, NZBau 2009, 40; *KG*, NJW-RR 1996, 1086.

32) *OLG Düsseldorf*, NZBau 2009, 40; *KG*, NJW-RR 1996, 1086.

33) *OLG Düsseldorf*, NZBau 2009, 40.

34) *OLG Düsseldorf*, NZBau 2009, 40.

35) *OLG Düsseldorf*, NZBau 2009, 40.

36) *OLG Düsseldorf*, NZBau 2009, 40.

37) *OLG Düsseldorf*, NZBau 2009, 40.

38) *OLG Düsseldorf*, NZBau 2009, 40.

39) *OLG Düsseldorf*, NZBau 2009, 40; *KG* NJW-RR 1996, 1086.

40) So hat auch das *OLG Oldenburg*, BeckRS 2008, 08299 die Anordnung des Ruhens eines Klageverfahrens für die Dauer des Mediationsverfahrens noch auf § 251 ZPO gestützt.

41) *OLG Frankfurt am Main*, NJW-RR 2010, 788 f.; *LG Heilbronn*, Urteil vom 10. 9. 2010, Az.: 4 O 259/09 Rdnr. 17 (juris).

42) *LG Heilbronn*, Urteil vom 10. 9. 2010, Az.: 4 O 259/09 Rdnr. 17 (juris).

43) *OLG Frankfurt*, NJW-RR 2010, 788.

44) *OLG Frankfurt am Main*, NJW-RR 2010, 788 f.; *LG Heilbronn*, Urteil vom 10. 9. 2010, Az.: 4 O 259/09 Rdnr. 17 (juris).

45) *LG Heilbronn*, Urteil vom 10. 9. 2010, Az.: 4 O 259/09 Rdnr. 17 (juris).

46) Ablehnend: *Junk*, IBR 2010, 666; *Lapp*, jurisPR-ITR 2/2011 Anm. 4 C; zustimmend: *Boldt*, in: *Messerschmidt/Voit*, Privates Bau-recht, 2. Auflage 2012, T Rdnr. 8.

47) *Junk*, IBR 2010, 666.

48) *Lapp* jurisPR-ITR 2/2011 Anm. 4 C.

49) *Lapp*, jurisPR-ITR 2/2011 Anm. 4 C.

50) *Lapp*, jurisPR-ITR 2/2011 Anm. 4 C.

nach Einleitung des Mediationsverfahrens gerade keine Partei sofort wieder kündigen dürfe<sup>51</sup>.

### 3. Stellungnahme

Der aufgezeigten Kritik an der Rechtsprechung ist zuzustimmen. Zwar scheint uns der Vorwurf verfehlt, die konsequente Anwendung der Rechtsprechung entwerfe jede Güteverhandlung nach § 278 Abs. 2 S. 1 ZPO zu „bloßer Förmelerei“. Die Güteverhandlung ist ein Teil des gerichtlichen Verfahrens und gerade keine Klagevoraussetzung. Deshalb stellt sich die Frage nach inhaltloser „Förmelerei“ vor Klageerhebung nicht. Außerdem steht es dem Gericht frei von einer Güteverhandlung auch abzusehen, wenn sie erkennbar aussichtslos erscheint (vgl. § 278 Abs. 2 S.1 ZPO). Demnach müsste in diesen Fällen die Güteverhandlung gerade nicht – anders als eine bindende Mediationsvereinbarung – durchgeführt werden<sup>52</sup>.

Zu Recht geht die Literatur aber davon aus, dass die Vereinbarung, eine Mediation vor Klageerhebung durchzuführen, entgegen der Rechtsprechung als vorläufiger Klageverzicht zu sehen ist<sup>53</sup>. Dies aus mehreren Gründen. Zum einen geht für die Parteien aus dem Wortlaut hervor, dass sie auf die sofortige Anrufung der Gerichte bei Eintritt eines Streitfalls dadurch verzichten, dass sie sich explizit für ein anderes Verfahren entscheiden. Zum anderen ergibt sich aus dem Wort „Durchführung“ das zumindest gewisse Schritte durchlaufen werden müssen, bevor eine Kündigung möglich sein sollte<sup>54</sup>. *Unberath* ist der Auffassung, dass die Parteien auf Grund einer solchen Abrede verpflichtet seien, einen Mediator zu bestellen, an der ersten Mediationssitzung teilzunehmen und sich zum Streitgegenstand zu äußern<sup>55</sup>. *Tochtermann*, unterscheidet zwischen formellen und materiellen Verhandlungspflichten<sup>56</sup>. Als formelle Verhandlungspflichten identifiziert er, unter Berufung auf die – nach unserer Auffassung nur bedingt für Mediationen geltende – Rechtsprechung des BGH zu Schlichtungsvereinbarungen, die Pflicht das Verfahren einzuleiten<sup>57</sup>. Auf Grund dessen könnten die Parteien zur Benennung eines Mediators und der Entrichtung eines Kostenvorschusses verpflichtet sein<sup>58</sup>. Als weitere formelle Pflichten seien die Bereitstellung notwendiger Unterlagen, die Anwesenheit in der ersten Sitzung sowie die Präsenz in einer Einzelsitzung anzunehmen<sup>59</sup>. Die materiellen Verhandlungspflichten würden sich freilich nur anhand der konkreten Mediationsvereinbarung identifizieren lassen<sup>60</sup>. Beschreibbar sei lediglich, was in diesem Zusammenhang als eindeutig pflichtwidrig gelten müsse<sup>61</sup>. So sei ein Verhalten, welches unter § 123 BGB falle, beispielsweise nicht gestattet<sup>62</sup>.

Um den Charakter als grundsätzlich freiwilliges Verfahren zu wahren, sollten die aus der Mediationsvereinbarung resultierenden Pflichten auf ein Minimum beschränkt werden. Auf die Formulierung materieller Mitwirkungspflichten ist möglichst zu verzichten. Zur Klarstellung des vor Kündigungsmöglichkeit zu absolvierenden Pflichtenkatalogs empfiehlt sich ein klarer Wortlaut der Mediationsklausel.

Sofern die Mediationsvereinbarung keine konkrete Regelung enthält, ergibt sich seit Einführung des MediationsG ein jederzeitiges Kündigungsrecht aus § 2 Abs. 5 S. 1 MediationsG. Um die Wertung einer Mediationsvereinbarung als „bloßen Einigungsappell

ohne Bindungswirkungen“ zu vermeiden, empfiehlt sich das Kündigungsrecht in der Mediationsvereinbarung ausdrücklich einzuschränken.

Ergo kann eine Mediationsvereinbarung bei entsprechender Ausgestaltung einen vorübergehenden Klageverzicht begründen.

## VI. Auswirkung der Kündigung der Mediation auf den dilatorischen Klageverzicht

Die Rechtsprechung erörtert gelegentlich, ob die prozessualen Wirkungen eines Stillhalteabkommens in Folge einseitiger Kündigung entfallen oder lediglich den allgemeinen Grenzen des § 242 BGB unterliegen<sup>63</sup>. Der BGH hat die Frage einstweilen in seiner Entscheidung vom 14. 6. 1989 offengelassen; er sah ohnehin keinen wichtigen Grund für eine Kündigung und führte aus, eine Kündigung ohne wichtigen Grund sei in jedem Falle unzulässig<sup>64</sup>. Unseres Erachtens ist die Kündigung der Mediationsvereinbarung durch eine Partei zugleich als Kündigung des *pactum de non petendo* anzusehen. Den erforderlichen wichtigen Grund sehen wir in der Freiwilligkeit der Mediation. Die Freiwilligkeit des Mediationsverfahrens erfordert, dass auch das *pactum de non petendo* durch eine Partei kündbar ist. Sonst wäre der Kündigende faktisch zur Fortführung der Mediation gezwungen.

Gleichwohl kann der Einrede, es liege ein dilatorischer Klageverzicht vor, auch der Einwand aus Treu und Glauben (§ 242 BGB) entgegenstehen, wenn sich die Partei, die sich auf den Klageverzicht beruft, nicht an ihre aus der Mediationsvereinbarung resultierenden Mitwirkungspflichten hält und beispielsweise die Zahlung des Kostenvorschusses für den Mediator verweigert<sup>65</sup>.

## VII. Auswirkung der Mediationsvereinbarung auf besondere Verfahrensarten

Schließlich ist zu beachten, dass der in einer Mediationsvereinbarung enthaltene Klageverzicht bestimmte Verfahren nicht umfasst.

51) *Lapp*, jurisPR-ITR 2/2011 Anm. 4 C, wobei er jedoch offen lässt, welche Handlungen erforderlich sind, um von einer „Durchführung der Mediation“ auszugehen zu können.

52) Allerdings ist die Aussichtslosigkeit nicht bereits bei stark entzweiten Parteien gegeben, da gerade in diesen Konstellationen das Einschalten eines Richters für die Lösung des Streites förderlich ist, so *Zöller/Greger*, ZPO, 29. Auflage 2012, § 278 Rdnr. 22 unter Verweis auf *BVerfG*, NJW-RR 2007, 1073.

53) *Lapp*, jurisPR-ITR 2/2011 Anm. 4 C.

54) *Lapp*, jurisPR-ITR 2/2011 Anm. 4 C; im Ergebnis auch *Junk* IBR 2010, 666.

55) *Unberath*, NJW 2011, 1320 (1322).

56) *Tochtermann*, ZKM 2008, 89 (90).

57) *Tochtermann*, ZKM 2008, 89 (90) unter Verweis auf BGH NJW 1999, 647 f.

58) *Tochtermann*, ZKM 2008, 89 (90).

59) *Tochtermann*, ZKM 2008, 89 (90).

60) *Tochtermann*, ZKM 2008, 89 (91); so wohl auch *Risse*, Wirtschaftsmediation (2003), § 3 Fußnote 39, der eine Pflichte zur konstruktiven Teilnahme an der Mediation annimmt.

61) *Tochtermann*, ZKM 2008, 89 (91).

62) *Tochtermann*, ZKM 2008, 89 (91).

63) BGH, NJW-RR 1989, 1048 (1049) unter Verweis auf BGH, NJW 1958, 1397 f.

64) BGH, NJW-RR 1989, 1048 (1049).

65) *Friedrich*, MDR 2004, 481 (484) unter Verweis auf Rechtsprechung zum Schlichtungsverfahren BGH, NJW 1999, 647.

### 1. Mediation und einstweiliger Rechtsschutz

Nach verbreiteter Meinung wird die Inanspruchnahme einstweiligen Rechtsschutzes nicht durch eine Mediationsklausel unzulässig<sup>66</sup>. Dies wird zum einen mit einer analogen Anwendung des Rechtsgedankens aus § 1033 ZPO begründet, dass ein Schiedsverhältnis den einstweiligen Rechtsschutz staatlicher Gerichte nicht ausschließt<sup>67</sup>. Zum anderen wird argumentiert, der Streitgegenstand der zwangsweisen Sicherung eines Anspruchs werde ohne explizite Abrede nicht von der Mediationsvereinbarung erfasst<sup>68</sup>.

### 2. Mediation und selbstständiges Beweisverfahren

Das Beweissicherungsverfahren in den §§ 485 ff. ZPO dient der Sicherung von Beweismitteln sowie der Vermeidung eines Rechtsstreits (vgl. § 485 Abs. 2 S. 2 ZPO)<sup>69</sup>. Die Rechtsprechung hat bislang noch nicht entschieden, ob ein selbstständiges Beweisverfahren trotz Mediationsvereinbarung und dilatorischem Klageverzicht zulässig ist. Andere außergerichtliche Streitbeilegungsverfahren und deren Auswirkungen auf das selbstständige Beweisverfahren können dazu geeignete Parallelen bieten.

#### a) Schlichtung und selbstständiges Beweisverfahren

Die Rechtsprechung zu der Frage, ob eine Schlichtungsvereinbarung ein selbstständiges Beweisverfahren sperrt, ist gespalten<sup>70</sup>. So hat das Landgericht Bielefeld entschieden, dass der in einer Schlichtungsvereinbarung enthaltene Klageverzicht auch das selbstständige Beweisverfahren umfasse<sup>71</sup>. Die Literatur wendet ein, dass diese Haltung nur richtig sein könne, wenn die Schlichtung eine ebenso zuverlässige Möglichkeit wie das selbstständige Beweissicherungsverfahren zur Beweissicherung biete<sup>72</sup>. Andererseits wird Schlichtungsvereinbarungen jegliche die Einleitung eines selbstständigen Beweisverfahrens hindernde Wirkung abgesprochen<sup>73</sup>.

#### b) Schiedsgutachterverfahren und selbstständiges Beweisverfahren

Die Vereinbarung eines Schiedsgutachterverfahrens lässt nach herrschender Meinung kein selbstständiges Beweisverfahren zu<sup>74</sup>. Begründet wird dies damit, dass es am Rechtsschutzbedürfnis des Antragstellers fehle<sup>75</sup>. Denn das Schiedsgutachterverfahren hemme die Verjährung gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 8 BGB, bindende Feststellungen würden getroffen und der Verfahrensökonomie Rechnung getragen<sup>76</sup>.

#### c) Schlussfolgerungen für die Mediation

Fragt sich also, welche Folgerungen aus dieser Rechtsprechung für Mediationsklauseln abzuleiten sind. Ohnehin sind Grundsätze zu Schiedsgutachterverfahren nicht ohne weiteres auf Mediationen übertragbar, denn das Ergebnis einer Mediation beruht auf freiwilliger Einigung und nicht auf der bindenden Meinung eines neutralen Dritten.

Die Rechtsprechung zu Schlichtungsklauseln wird von *Friedrich* ohne nähere Begründung auf Mediationsvereinbarungen übertragen<sup>77</sup>. Daher kommt er zu dem Ergebnis, das selbstständige Beweisverfahren sei von dem in der Mediationsvereinbarung enthaltenen Klageverzicht mit umfasst<sup>78</sup>. An der Richtigkeit dieser Haltung bestehen jedoch erhebliche Zweifel<sup>79</sup>. Denn während einige Schlichtungsordnungen die Durchfüh-

rung eines Beweisverfahrens innerhalb der Schlichtung vorsehen (vgl. § 11 SOBau), ist dies bei den Mediationsordnungen nicht der Fall (vgl. bspw. die Mediationsordnung der DIS). Daher bleibt den Mediationsparteien in der Regel keine Möglichkeit, im Rahmen des Mediationsverfahrens den drohenden Verlust von Beweismitteln zu verhindern. Das grundgesetzlich verankerte Gebot effektiven Rechtsschutz zu gewähren (Art. 19 Abs. 4 GG), fordert gerade, dem Kläger Rechtsschutz durch staatliche Gerichte bereit zu stellen. Daraus folgt, dass das selbstständige Beweisverfahren trotz Mediationsvereinbarung und dilatorischem Klageverzicht in den Fällen des § 485 Abs. 1 Var. 2 und 3 ZPO möglich bleibt<sup>80</sup>.

Mithin kann der in einer Mediationsvereinbarung vereinbarte dilatorische Klageverzicht weder für Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes noch für selbstständige Beweisverfahren nach § 485 Abs. 1 Var. 2 und 3 ZPO gelten.

## VIII. Zusammenfassung

Eine Mediationsvereinbarung kann bei sorgfältiger Ausgestaltung einen dilatorischen Klageverzicht enthalten. Daher empfiehlt sich, jeweils klar zu formulieren, welche Pflichten sich aus der Mediationsvereinbarung für ein künftiges oder laufendes Streitverfahren ergeben sollen und ab wann eine Kündigung des Mediationsverhältnisses zulässig sein soll. Damit korrespondierend sollte der Zeitpunkt festgelegt werden, ab dem eine Kündigung der Mediationsvereinbarung zulässig ist. Stets ist zu berücksichtigen, dass der Charakter des Mediationsverfahrens als im Grundsatz freiwilliges Verfahren nicht ausgehöhlt werden darf. Einstweiliger Rechtsschutz sowie das selbstständige Beweisverfahren nach § 485 Abs. 1 Var. 2 und 3 ZPO bleiben zulässig. Diese Ergebnisse lassen sich durch folgende Klausel vereinbaren:

*„Die Parteien vereinbaren für alle Streitigkeiten, die sich aus oder in Zusammenhang mit dem Vertrag [genaue Bezeichnung des Vertrages] ergeben, ein Mediationsverfahren [nach der Verfahrensordnung der ...] durchzuführen.“*

66) *Hess*, in: *Haft/Schlieffen*, Handbuch Mediation (2009), § 43 Rdnr. 16 m. w. N.; *Friedrich*, *SchiedsVZ* 2007, 31 (35); *Böttcher/Laskawy*, DB 2004, 1247 (1250) m. w. N.; *Risse*, *Wirtschaftsmediation* (2003), § 3 Rdnr. 22.

67) *Risse*, *Wirtschaftsmediation* (2003), § 3 Rdnr. 22.

68) *Friedrich*, *SchiedsVZ* 2007, 31 (35); *Böttcher/Laskawy*, DB 2004, 1247 (1250) m. w. N.

69) *Musielak/Musielak*, ZPO, 9. Auflage 2012, Einleitung Rdnr. 22; *OLG Düsseldorf*, NZBau 2009, 40.

70) Bejahend: *LG Bielefeld*, IBR 2005, 355; verneinend: *OLG Köln*, BeckRS 2002, 30237218.

71) *LG Bielefeld*, IBR 2005, 355.

72) *Wiesel*, IBR 2005, 355.

73) *Boldt*, in: *Messerschmidt/Voit*, *Privates Baurecht* (2012), T Rdnr. 41 unter Verweis auf die in Fußnote 70 zitierte Entscheidung des *OLG Köln*.

74) *LG Berlin*, IBR 2011, 497; *OLG Bremen*, IBR 2009, 431; *OLG Düsseldorf*, IBR 1998, 504; a. A. *OLG Köln*, IBR 2008, 773.

75) *LG Berlin*, IBR 2011, 497.

76) *LG Berlin*, IBR 2011, 497.

77) *Friedrich*, *SchiedsVZ* 2007, 31 (34) unter Verweis auf *LG Bielefeld*, IBR 2005, 355.

78) *Friedrich*, *SchiedsVZ* 2007, 31 (34).

79) Zu Zweifeln an der problemlosen Übertragbarkeit der Rechtsprechung zu Schlichtungsklauseln auf Mediationsvereinbarungen, siehe IV.2.

80) So im Ergebnis auch *Wiesel*, IBR 2005, 355 zur Entscheidung des *LG Bielefeld*, IBR 2005, 355.