

Andreas May, Senta May, Nils Goltermann

# **Schlichtung in der wirtschaftsrechtlichen Praxis**



Wolfgang Metzner Verlag



Andreas May, Senta May, Nils Goltermann

# **Schlichtung in der wirtschaftsrechtlichen Praxis**



Wolfgang Metzner Verlag

© Wolfgang Metzner Verlag, Frankfurt am Main 2018  
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.

ISBN 978-3-96117-026-5

*Druck und Einband* Hubert & Co, Göttingen  
Printed in Germany

*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.

**Zitiervorschlag:**  
May/May/Goltermann, Schlichtung in der  
wirtschaftsrechtlichen Praxis, Rn. 23

# Inhalt

Vorwort 7

Teil 1: Grundlagen 9

A. Begriffsbestimmung Schlichtung 9

- I. Der Oberbegriff der ADR 9
- II. Eigenschaften der Schlichtung 11
- III. Grundtypen der Schlichtung 13

B. Abgrenzung von anderen ADR-Verfahren 15

- I. Mediation 15
- II. Schiedsgerichtsverfahren 19
- III. Schiedsgutachterverfahren 20
- IV. Schlichtungsähnliche Verfahren im englischsprachigen Raum 20

C. Gesetzliche Grundlagen 24

- I. Landesschlichtungsgesetze 25
- II. Verbraucherstreitbeilegungsgesetz 26
- III. Anwendbarkeit des Mediationsgesetzes 29

D. Grundprinzipien der Schlichtung 33

- I. Neutralität des Schlichters 33
- II. Freiwilligkeit 34
- III. Vertraulichkeit 34
- IV. Eigenverantwortlichkeit 35

E. Voraussetzungen und Inhalt des Einigungsvorschlages 36

- I. Auf Wunsch der Parteien 36
- II. Unverbindlichkeit 37
- III. Maßstäbe für den Einigungsvorschlag 37

## Inhalt

<b>F. Vorteile und Auseinandersetzung mit Vorbehalten</b>	<b>38</b>
I. Vorteile	38
II. Auseinandersetzung mit Vorbehalten	42
<b>G. Anwendungsbereiche</b>	<b>46</b>
I. Schlichtung allgemein	46
II. Fokussierung auf wirtschaftsrechtliche Konflikte	47
<b>H. Praktisches Bedürfnis nach Schlichtung in wirtschaftsrechtlichen Konflikten</b>	<b>50</b>
I. Unternehmerischer Nutzen	50
II. Objektivierung durch neutrale Instanz	51
III. Teilen von Verantwortung	52
IV. Dokumentation der Entscheidungsfindung	53
V. Rechtfertigung vor Gremien und Anteilseignern	54
 <b>Teil 2: Der Weg in die Schlichtung</b> 55	
<b>A. Möglichkeiten der Verfahrenseinleitung</b>	<b>55</b>
I. Ad-hoc-Vereinbarung	56
II. Schlichtungsklausel	57
III. Güteantrag	59
IV. Übergang von Mediation in Schlichtung	59
V. Sonstige Arten der Verfahrenseinleitung	61
<b>B. Schlichtung als Rechtsdienstleistung</b>	<b>61</b>
<b>C. Auswahl des Schlichters</b>	<b>63</b>
I. Mögliche Schlichter/Schlichtungspersonen	64
II. Auswahlverfahren	66
III. Qualifikation, Kompetenzen, Eignung des Schlichters	67
IV. Mehrere Schlichter/Co-Schlichtung	68
<b>D. Sicherung der Neutralität</b>	<b>69</b>
I. Offenbarungspflichten	70
II. Tätigkeitsbeschränkungen des Schlichters	71
<b>E. Wirkungen der Verfahrenseinleitung</b>	<b>73</b>
I. Verjährungshemmung	73
II. Unzulässigkeit/Ruhen eines gerichtlichen Verfahren	74

<b>F. Vertrag zur Durchführung der Schlichtung</b>	75
I. Vertragsparteien	75
II. Rechtsnatur des Vertrages	76
III. Typische Elemente	76
IV. Vergütung des Schlichters	76
V. Hinweise zur Vertragsgestaltung	77
<b>G. Schlichtungsklausel</b>	78
I. Zweck und Form	78
II. Typische Elemente	79
III. AGB-Kontrolle	84
IV. Kombinationsklauseln	86
<b>H. Anerkannte Gütestellen und Güteanträge</b>	87
I. Gütestellen	87
II. Verjährungshemmung	87
III. Schlichtungsverfahren bei Einverständnis des Antragsgegners	88

## **Teil 3: Die Durchführung der Schlichtung** 89

<b>A. Aufgaben des Schlichters</b>	89
<b>B. Verschwiegenheitspflicht</b>	91
<b>C. Vertraulichkeit</b>	93
<b>D. Verfahrensablauf</b>	95
I. Ablauf und Phasen der Schlichtung	95
II. Vorbereitung	96
III. Konfliktbearbeitung	97
IV. Beendigung des Verfahrens	101
<b>E. Gestaltung der Schlichtungsverhandlungen</b>	104
I. Zeitlich	104
II. Örtlich	104
III. Teilnehmerkreis	105
IV. Verhandlungsstil	106
V. Protokollierung	106

## Inhalt

- F. Einzelgespräche/Shuttle-Schlichtung 106**
  - I. Sinnhaftigkeit 107
  - II. Praktische Hinweise 109
- G. Wechsel zwischen Schlichtung und Mediation 110**
- H. Zeitpunkt, Form und Kommunikation des Einigungsvorschlages 111**
  - I. Der richtige Zeitpunkt 111
  - II. Die richtige Form 112
  - III. Kommunikation des Einigungsvorschlages 113
- I. Wirksamkeit und Vollstreckbarkeit der Einigung 114**
  - I. Wirksamkeit des Einigungsvertrages 115
  - II. Vollstreckbarkeit 116
- J. Haftung des Schlichters 117**
- K. Rolle und Einsatzmöglichkeiten von Rechtsanwälten in Schlichtungsverfahren 120**
  - I. Verfahrensauswahl 120
  - II. Klärung der Teilnahmebereitschaft der Parteien 121
  - III. Mitwirkung an Auswahl des Schlichters und Auftragsklärung 122
  - IV. Anwaltliche Begleitung in Schlichtungen 122
  - V. Mitwirkung an der Formulierung der Einigung 123
- Teil 4: Projektbegleitende Schlichtung 124**
  - A. Präventionswirkung des projektbegleitenden Konfliktmanagements 124**
  - B. Schlichtung als Form des projektbegleitenden Konfliktmanagements 124**
  - C. Ausgestaltung der projektbegleitenden Schlichtung 125**
- Anhang: Muster-Schlichtungsvertrag 127**
- Literaturverzeichnis 130**
- Sachverzeichnis 133**

## Vorwort

Konflikte gehören zum Menschsein dazu und sind auch aus dem Wirtschaftsleben nicht hinwegzudenken, wenngleich ihre Existenz manchmal verdrängt oder geleugnet wird. Der Umgang mit Konflikten verändert sich. In entwickelten Gesellschaften ist Gewalt nicht das Mittel der Wahl. Aber auch die Streitentscheidung durch Gerichte, so wichtig eine funktionierende Justiz für ein Gemeinwesen ist, stellt nicht immer die beste Art der Konfliktlösung dar. Wie viele Menschen verlassen einen Gerichtssaal wirklich zufrieden? Selbst der scheinbare Sieger hat in einem Rechtsstreit meist etwas verloren, sei es Zeit, sei es die Belastung oder Zerstörung persönlicher oder geschäftlicher Beziehungen, sei es Geld, das nicht über die Kostenerstattung ersetzt wird, oder Energie, die an anderer Stelle besser und gewinnbringender hätte eingesetzt werden können. Aus diesem Grunde setzt auch im Wirtschaftsleben ein Wandel der Konfliktkultur ein. Die selbstbestimmte Konfliktlösung mit Hilfe hierfür besonders qualifizierter Mittler ist eine Alternative geworden, die mehr und mehr auch in der Wirtschaft ankommt.

Warum ein Buch über Wirtschaftsschlichtung? In welchem Verhältnis steht sie zur Mediation, die ja schon ein verbreitetes Verfahren ist, wenn es um außergerichtliche Konfliktlösung geht? Indem die Interessen und Bedürfnisse hinter den Positionen sichtbar gemacht werden, sind in Mediationen Einigungen in einer Weise möglich, die in einem Rechtsstreit undenkbar wären. Die Mediation ist in vielen Fällen, insbesondere wenn persönliche Beziehungen involviert sind, ein sehr gutes und wirkungsvolles Verfahren. Sie kann jedoch an Grenzen stoßen, wenn die Parteien mehr brauchen als eine kommunikative Unterstützung und Öffnung für sinnvolle Lösungen. Insbesondere im Wirtschaftsleben wird oft eine neutrale Bewertung der unterschiedlichen Standpunkte gewünscht, um eine gut vertretbare Einigung zu erzielen. Die sachliche Kompetenz eines Mittlers, der aufgrund seiner Neutralität noch nicht auf ein bestimmtes Ergebnis festgelegt ist, kann durch eine wohlgegrundete unverbindliche Empfehlung bei der Lösungsfindung helfen. Nicht selten geht es in Unternehmen und Institutionen auch darum, dass Verhandlungsführer eine von ihnen befürwortete Einigung rechtfertigen müssen. Vorgesetzte, Gremien, Revisionsabteilungen und Rechnungshöfe seien beispielhaft genannt als Stellen, vor denen eine Legitimation der verhandelten Einigung wichtig sein kann. Diese Legitimationswirkung kann ein Schlichter im Gegensatz zu einem Mediator bieten. Dieses Buch hat insbesondere wirtschaftsrechtliche Auseinander-

## Vorwort

setzungen zwischen Unternehmen oder auf Gesellschaftsebene im Fokus. Hier bietet die Schlichtung ein Verfahren, das oft noch besser passt als eine Mediation. Andererseits hat die Mediation viele Vorteile, die ungenutzt blieben, wenn der Schlichter sich im Wesentlichen auf eine sachliche Empfehlung in Form seines Schlichterspruchs beschränken würde. Ideal erscheint daher eine Kombination unter Einsatz von Elementen beider Verfahren in den Fällen, in denen eine Mediation an Grenzen stößt. Das ganze Potential der Schlichtung kann ausgeschöpft werden, wenn der Schlichter Mediationskompetenz hat, das Verfahren unter Einsatz von Mediationselementen gestaltet und es dann, wenn eine Einigung durch reines Verhandeln nicht gelingt, um einen Einigungsvorschlag anreichert. Diese Form der Schlichtung ist eine Möglichkeit, die aus Sicht der Verfasser empfehlenswert ist und mehr und mehr genutzt werden sollte. Diese von uns als »Schlichtung plus« bezeichnete Verfahrensart bietet in sehr vielen Fällen eine Chance, die im Fokus dieses Buches stehenden Konflikte auf eine effizientere und selbstbestimmtere Art und Weise zu lösen als die herkömmlichen streitigen Methoden.

Um die außergerichtliche Konfliktlösung in der Wirtschaft noch stärker zu etablieren, ist es uns ein Anliegen, ergänzend zu der derzeit bekannten Mediation auch die Schlichtung mit ihren ganz besonderen Möglichkeiten und Chancen ins Bewusstsein zu rücken. Auf diese Weise möchten wir dazu beitragen, die Angebotspalette der alternativen Konfliktlösung zu erweitern und das Verständnis dafür zu schärfen, welches Verfahren für den jeweiligen Konflikt am besten geeignet ist. Wir sehen ein großes praktisches Bedürfnis sowohl für die Mediation als auch für die Schlichtung als Möglichkeiten des professionellen Umgangs mit wirtschaftsrechtlichen Konflikten. Während die Mediation, nicht zuletzt nach Einführung des Mediationsgesetzes, in der Fachliteratur schon reichlich Beachtung gefunden hat, ist speziell über die Wirtschaftsschlichtung bisher noch wenig geschrieben worden. Die aus Sicht der Verfasser insoweit bestehende Lücke soll dieses Buch schließen und den interessierten Wirtschaftskreisen einen Einblick in die Praxis der Wirtschaftsschlichtung vermitteln. Wenn dieses Buch die Berater und Entscheider in der Wirtschaft dazu anregt, neue Wege der Konfliktlösung in Erwägung zu ziehen, erfüllt es seinen Zweck.

Frankfurt am Main/Berlin im Juli 2018

Andreas May Senta May Nils Goltermann

# Teil 1: Grundlagen

## A. Begriffsbestimmung Schlichtung

Schlichtung ist ein Begriff, der im Alltag häufig verwendet wird. Seine genaue 1 Bedeutung als Konfliktlösungsmechanismus ist jedoch wenig bekannt. Selbst in Diskussionen mit wirtschaftsrechtlichen Beratern und sogar mit professionellen Konfliktlösern zeigt sich immer wieder, dass ihnen beispielsweise die Unterschiede zwischen Mediation und Schlichtung nicht bewusst sind. Unklarheiten entstehen insbesondere durch den uneinheitlichen Wortgebrauch. So wird Schlichtung teilweise als Oberbegriff für verschiedene Methoden der außergerichtlichen Streitbeilegung (»schlichten statt richten«<sup>1</sup>) oder aber synonym mit der Mediation verwendet. Beides lässt den wahren Gehalt der Schlichtung im Unklaren. Dies erschwert für alle Konfliktbeteiligten die Wahl des richtigen Verfahrens und dessen ordnungsgemäße Durchführung. Die Schlichtung ist eines mehrerer Verfahren der alternativen Streitbeilegung. Zunächst werden wir daher der Oberbegriff der *Alternative Dispute Resolution* (ADR) vorstellen. Er umfasst alle Verfahren der alternativen Streitbeilegung. Sodann werden wir die Eigenschaften der Schlichtung herausarbeiten sowie eine Abgrenzung zu anderen ADR-Verfahren vornehmen.

### I. Der Oberbegriff der ADR

Alle Verfahren der alternativen Streitbeilegung, häufiger auch als *Alternative Dispute Resolution* (ADR) bezeichnet, haben gemein, dass sie eine Einigung außerhalb der staatlichen Gerichtsbarkeit mithilfe eines neutralen Dritten anstreben.<sup>2</sup> Die Einigung durch Mittler geht historisch gesehen weit zurück und findet sich in allen Kulturen, Religionen und Gesellschaften.<sup>3</sup> Das Konzept der ADR ist jedoch Ausdruck einer systematischeren Verwendung von Mechanis-

<sup>1</sup> Siehe zum Beispiel die Website des Justizministeriums Baden-Württemberg unter <http://www.jum.baden-wuerttemberg.de/pb/Justizministerium,Lde/Startseite/Schlichten statt+Richten#Schlichten>, letzter Abruf: 16. 4. 2018.

<sup>2</sup> Im Folgenden wird dieser Dritte der besseren Lesbarkeit halber stets in der männlichen Form bezeichnet. Mediatorinnen/Schlichterinnen/Schiedsrichterinnen etc. sind jedoch natürlich ebenso gemeint.

<sup>3</sup> *Fikentscher* in Fikentscher/Kolb, Schlichtungskulturen in Europa, S. 7.

men der alternativen Streitbeilegung. Es fand seinen Ursprung in den USA in den 1960er Jahren. Hintergrund war die Überlastung der staatlichen Gerichte und die mit einem Gerichtsprozess verbundenen Kosten und Risiken, aber auch der Gedanke, dass rechtliche Streitigkeiten auf andere Weise womöglich nachhaltiger beigelegt werden könnten.<sup>4</sup> Auch in Europa gewann die Idee schnell an Bedeutung. Die Entwicklung der ADR ist symptomatisch für ein gewandeltes Verständnis der Rechtspflege nicht mehr als bloßes Streitentscheidungs-, sondern auch als Streitbehandlungssystem.<sup>5</sup> Teilweise wird mit der Abkürzung ADR auch die Idee der *Appropriate Dispute Resolution*, der angemessenen Streitbeilegung verbunden. Das soll verdeutlichen, dass es eben nicht *ein* richtiges Verfahren für alle Situation gibt, sondern die passende Form der Streitbeilegung je nach Art des Konfliktes und Parteiinteressen unterschiedlich zu beurteilen ist.<sup>6</sup>

- 3 Zu den Verfahren der alternativen Streitbeilegung zählen in Deutschland insbesondere die Schiedsgerichtsbarkeit, das Schiedsgutachten, die Schlichtung und die Mediation. Darüber hinaus existieren jedoch viele weitere Verfahrensformen sowie hybride Verfahren, welche verschiedene Streitbeilegungsmechanismen kombinieren. Vor allem in den USA ist die alternative Streitbeilegung weit verbreitet. Die ADR hebt sich von der staatlichen Gerichtsbarkeit vor allem dadurch ab, dass die Parteien in erhöhtem Maße selbst die Kontrolle über das Streitbeilegungsverfahren haben. Dies gilt insbesondere für die Mediation, in abgestufter Form aber auch für die anderen Verfahrensarten. Zur Veranschaulichung kann man sich die ADR-Verfahren auf einer Skala vorstellen.



Skala der ADR-Verfahren

An einem Ende der Skala befindet sich die Mediation und am anderen Ende die Schiedsgerichtsbarkeit.<sup>7</sup> Bei der Mediation gelangen die Parteien weitestgehend selbstständig zu einer Lösung. Schiedsgerichtsverfahren und Schiedsgutachten hingegen enden mit einer verbindlichen Entscheidung des neutralen Dritten

4 Beck-RA-HdB/Mähler, G./Mähler, H.-G., § 48 Rn. 1.

5 Gottwald, Alternative Streitbeilegung in Deutschland, FPR 2004, 163.

6 Allmayer-Beck, Außergerichtliche Streitbeilegung, Österr. AnwBl 2010/09, 421.

7 Meisinger/Salicites in Deixler-Hübner/Schauer, Alternative Formen der Konfliktbe reinigung, S. 4 mit Verweis auf einen Diskussionsbeitrag von Schauer bei der Tagung »Alternative Streitbeilegung« am 1.10.2015 in Waidhofen an der Ybbs.; Roquette/Otto/ Roquette, Vertragsbuch Privates Baurecht, D.I. Rn. 3.

und weisen bereits starke Ähnlichkeit zum staatlichen Gerichtsverfahren auf.<sup>8</sup> Eine Abstufung findet sich auch in Bezug auf die Anwendung rechtlicher Maßstäbe. Das Mediationsverfahren ist primär an den Parteiinteressen ausgerichtet. Es nimmt die rechtliche Einordnung des Konflikts lediglich als Orientierungshilfe. Die Schiedsgerichtsbarkeit auf der anderen Seite fußt ausschließlich auf der Anwendung des geltenden Rechts. Diese Verfahren werden zu einem späteren Zeitpunkt noch Gegenstand dieses Kapitels sein. Kommen wir jedoch zuerst zur Einordnung der Schlichtung.<sup>9</sup>

## II. Eigenschaften der Schlichtung

Die Schlichtung ist zwischen den beiden Polen der Mediation und der Schiedsgerichtsbarkeit anzusiedeln.<sup>10</sup> Jedenfalls in der hier präferierten Ausgestaltung, die nachstehend näher beschrieben wird, überwiegen die Gemeinsamkeiten mit der Mediation. Die Schlichtung ist jedoch in ihrer Durchführung durchaus flexibel und kann sich je nach Ausgestaltung des Verfahrens mehr dem einen oder dem anderen Pol annähern. Grundsätzlich zeichnet sie sich vor allem dadurch aus, dass der neutrale Dritte nicht nur wie der Mediator das Streitgespräch zwischen den Parteien moderiert, sondern wie der Schiedsrichter bei Bedarf auch bewertet, wie der Konflikt aus seiner Sicht beizulegen wäre. Diese Bewertung findet in der Regel Ausdruck in einem Einigungsvorschlag (oft auch Schlichterspruch genannt), jedenfalls dann, wenn die Parteien sich im Schlichtungsverfahren nicht selbst einigen können. Aber auch dann, wenn letztlich kein Einigungsvorschlag unterbreitet wird, reicht bereits die konkrete Möglichkeit, um das Verfahren als Schlichtung zu charakterisieren.<sup>11</sup>

Anders als der sogenannte Schiedsspruch beim Schiedsgerichtsverfahren ist der Schlichterspruch für die Parteien nicht bindend. Es steht ihnen frei, die vorgeschlagene Lösung anzunehmen oder abzulehnen. Nur bei Annahme des Lösungsvorschlags kommt es zu einer verbindlichen Einigung. Der Schlichterspruch kann sodann die Basis für den Abschluss eines Vergleichsvertrages bilden. Somit bleibt es den Parteien vorbehalten, ob sie sich rechtlich an den Vorschlag des Schlichters binden wollen. Sie behalten selbst die Kontrolle über das Verfahren. Gleichzeitig profitieren sie von der Einschätzung eines unparteiischen Dritten. Da es vom Willen der Parteien abhängt, ob eine Einigung erzielt wird, ist das Verfahren darauf ausgerichtet, Konsens zwischen den Strei-

4

5

<sup>8</sup> Aus diesem Grund wird auch teilweise bestritten, dass es sich um ein ADR-Verfahren handelt.

<sup>9</sup> Siehe Rn. 17 ff.

<sup>10</sup> Meisinger/Salicates in Deixler-Hübner/Schauer, Alternative Formen der Konfliktbereinigung, S. 4.

<sup>11</sup> Hierzu ausführlicher im Rahmen der Abgrenzung zur Mediation Rn. 19 ff.

tenden herzustellen. Dies fördert der Schlichter in der Regel, indem er die Kommunikation zwischen den Parteien ermutigt und unterstützt.

- 6 Der Schlichter wird in den meisten Fällen von den Parteien selbst ausgewählt. Bei der Auswahl des Schlichters spielt häufig eine gewisse fachliche Expertise auf dem Streitgebiet sowie persönliche Autorität eine Rolle.<sup>12</sup> Dies müssen jedoch nicht die einzigen Kriterien sein. Wie der Begriff Schlichtung bereits nahelegt, ist auch die Vermittlung und Aussöhnung zwischen den Parteien ein zentrales Element. Dementsprechend ist auch die Fähigkeit und Bereitschaft, in einem Streit zu vermitteln, bei der Auswahl des Schlichters von Belang. In der Regel orientiert sich der Schlichter für seine Bewertung an rechtlichen Maßstäben und an möglichen Prozessrisiken. Auf Wunsch der Parteien können aber auch andere Maßstäbe angewendet werden. Dies ermöglicht die Anpassung der Schlichtung an den konkreten Konflikt und die damit einhergehenden individuellen Bedürfnisse.
- 7 Die Kosten für die Schlichtung werden meist von den Parteien gemeinsam getragen. Kommt es zu keiner Einigung, kann weiterhin der Weg zu den staatlichen Gerichten beschritten werden. In der überwiegenden Anzahl der Fälle wird jedoch der Lösungsvorschlag des Schlichters angenommen und das Verfahren endet einvernehmlich.
- 8 Die Schlichtung nimmt in Deutschland sehr verschiedene Formen an. Teilweise ist sie gesetzlich geregelt. So normiert z.B. § 15a EGZPO die obligatorische Schlichtung bei vor den Ländern eingerichteten Gütestellen. Verfahren vor privaten oder behördlichen Verbraucherschlichtungsstellen richten sich nach dem Verbraucherstreitbeilegungsgesetz (VSBG). Darüber hinaus ist die Schlichtung aber auch basierend auf privater Vereinbarung vielfältig einsetzbar. Je nach Streitgegenstand und Parteiwünschen kann die Schlichtung in ihrer Schwerpunktsetzung variieren. Sie kann einerseits vor allem auf eine schnelle Einigung ausgelegt sein. Andererseits kann sie aber ein besonderes Augenmerk auf die Aufarbeitung des Konflikts und die Versöhnung der Parteien richten. Dementsprechend unterschiedlich gestaltet sich auch der Verfahrensablauf. Alle diese Varianten der Schlichtung haben gemeinsam, dass sie den Konflikt deeskalieren, auf eine einvernehmliche Lösung hinwirken und den Parteien den Weg zum Gericht ersparen sollen. Der Einigungsvorschlag des Schlichters wirkt hierfür insofern als Antrieb, dass er den Parteien verdeutlicht, welche Erwartungen sie realistischerweise an die Gegenseite haben können. Zudem hat der Vorschlag von neutraler, fachkundiger Stelle meist eine gewisse Autorität, welche die Einigung ebenfalls fördert.
- 9 Anhand der soeben beschriebenen Merkmale lässt sich ein allgemein gültiger Begriff der Schlichtung zusammenfassend folgendermaßen definieren:

12 MAH Erbrecht/Risse, § 68 Rn. 9.

**Definition:** Die Schlichtung ist ein Verfahren, in dem die Parteien mit Hilfe eines neutralen Dritten (Schlichter) eine gütliche Einigung anstreben und die konkrete Möglichkeit eines nicht bindenden Einigungsvorschages durch den Dritten vorgesehen ist.

### III. Grundtypen der Schlichtung

Die Schlichtung kann verschiedene Formen annehmen. Über die Art der Durchführung lassen sich daher wenig allgemeingültige Aussagen machen. Die Schlichtung läuft je nach Anwendungsbereich und Parteipräferenzen auf unterschiedliche Weise ab. Um dennoch Orientierung zu bieten, wird in diesem Kapitel die Schlichtung zunächst in zwei Grundtypen eingeteilt. 10

#### 1. Schlichtung pur

Der erste Schlichtungstyp soll hier »Schlichtung pur« genannt werden. Er bildet das Grundmodell. Dieser Schlichtungstyp erfüllt lediglich die in der allgemein gültigen Definition enthaltenen Mindestvoraussetzungen, welche nötig sind, um ein Verfahren begrifflich eine Schlichtung nennen zu können. Nach der Definition der Schlichtung genügt hierfür die konkrete Möglichkeit eines nicht bindenden Einigungsvorschages durch einen neutralen Dritten. Ein solcher Vorschlag kann selbst ohne vorausgehende Verhandlungen mit den Konfliktparteien, oder auch fernmündlich erfolgen. Eine Erforschung und Erörterung der tiefer liegenden Konfliktgründe und Parteinteressen steht bei dieser schlankeren Form der Schlichtung nicht im Vordergrund. Die Schlichtung pur kann in hierfür geeigneten Fällen als schneller Konfliktlösungsmechanismus dienen. Ihr fehlt es aber an Tiefgang und sie nutzt nicht die kommunikativen Möglichkeiten, wie sie etwa in einer Mediation zum Einsatz kommen. Sie weist kaum Ähnlichkeit zur Mediation auf. Auf der Skala der ADR-Verfahren findet sich dieser Schlichtungstyp näher an der Schiedsgerichtsbarkeit, mit dem Unterschied, dass die vorgeschlagene Lösung ohne Zustimmung der Parteien nicht bindend wird. 11

#### 2. Schlichtung plus

Der zweite Typ der Schlichtung soll hier »Schlichtung plus« genannt werden. Auf der Skala der ADR-Verfahren ist dieser Schlichtungstyp näher an der Mediation. Die Schlichtung plus erfüllt wie die Schlichtung pur alle Mindestvoraussetzungen des allgemein gültigen Schlichtungsbegriffs. Es kommt aber noch etwas Wesentliches hinzu. Das »plus« bezieht sich darauf, dass zusätzlich zur einfachen Schlichtung auch Elemente der Mediation verwendet werden (Schlichtung pur plus Mediationselemente). Diese Elemente können ins- 12

besondere Kommunikations- und Verhandlungstechniken (»Tools«) eines Mediators als auch in Mediationen übliche Verfahrensweisen und -strukturen sein. Die Schlichtung plus nutzt die Errungenschaften und Vorzüge der Mediation und ergänzt sie durch die konkrete Möglichkeit eines Einigungsvorschlages. Insofern ließe sich das Verfahren umgekehrt auch als »Mediation plus« (Mediation plus Einigungsvorschlag) bezeichnen.<sup>13</sup> Da aber der Einigungsvorschlag dazu führt, dass das Verfahren keine Mediation mehr ist, ist die Bezeichnung »Mediation plus« missverständlich. Deshalb wird der Bezeichnung »Schlichtung plus« der Vorzug gegeben.

- 13 Zentraler Bestandteil des Verfahrens ist die Erforschung der Parteiinteressen und die Ermöglichung von konstruktiver Kommunikation. Die Schlichtung plus geht der Konfliktursache auf den Grund, anstatt nur an ihrer Oberfläche zu kratzen. Angestrebt wird dadurch eine nachhaltige Konfliktbeilegung. Wie bei der Mediation liegt die Betonung auf der Eigenverantwortlichkeit der Parteien. Dennoch bringt sich der Schlichter aktiv in das Verfahren ein. Hier erkennt man Parallelen zur evaluativen Mediation, welche an anderer Stelle noch thematisiert wird.<sup>14</sup> Auch die im Mediationsgesetz betonten Eigenschaften der Strukturiertheit und Vertraulichkeit des Verfahrens werden bei der Schlichtung plus übernommen. Der Aspekt, welcher das Verfahren letztlich doch zur Schlichtung macht, ist der mögliche Einigungsvorschlag. Auf diese Weise können auch solche Konflikte erfolgreich beigelegt werden, bei denen die Parteien es nicht vermögen, selbst eine Lösung zu finden.
- 14 Diese Form der Schlichtung ist nach unserer Ansicht die vorzugswürdige. Gegenüber der einfachen Schlichtung pur ist die ausgefeilte Form der Schlichtung plus vielseitiger und wirkungsvoller. Professionell geleitete Schlichtungen werden in der Wirtschaftspraxis in aller Regel in dieser Form durchgeführt. Sie ermöglicht es, die Vorteile der Schlichtung mit denen der Mediation zu vereinen. Das Ergebnis ist ein Verfahren mit großem Potential für die eigenverantwortliche, einvernehmliche Konfliktbeilegung.
- 15 Auf der Basis der vorgestellten allgemeinen Begriffsbestimmung für Schlichtungen kann die hier propagierte Schlichtung plus wie folgt definiert werden:

**Definition:** Die Schlichtung plus ist ein mediationsähnliches vertrauliches und strukturiertes Verfahren, in dem die Parteien mit Hilfe eines neutralen Dritten (Schlichter mit Mediationskompetenz) eine gütliche Einigung anstreben und die konkrete Möglichkeit eines nicht bindenden Einigungsvorschlages durch den Dritten vorgesehen ist.

13 Kovach/Love, »Evaluative« mediation is an oxymoron, Alternatives to the high cost of litigation, 14 (3), 31–32, gebrauchen diese Bezeichnung für eine Mediation plus Bestandteil eines anderen ADR-Verfahrens wie *neutral evaluation* oder *non-binding arbitration*.

14 Siehe Rn. 38 f.

## Teil 2: Der Weg in die Schlichtung

Auf dem Weg in die Schlichtung werden von den Parteien Weichen gestellt, die für den Erfolg oder Misserfolg des Verfahrens ganz entscheidend sein können. 123 Diese Weichenstellung beginnt bereits mit der Entscheidung über das Ob einer Schlichtung in Abgrenzung zu den anderen Verfahren der außergerichtlichen Streitbeilegung (ADR-Verfahren) sowie zum gerichtlichen Verfahren. An die Verfahrenswahl schließt sich die Auswahl eines geeigneten Schlichters an, der sowohl über die erforderliche Sachkompetenz als auch über die notwendige Verfahrenskompetenz verfügt. Schließlich ist das Schlichtungsverfahren rechtlich abzusichern und zu gestalten. Dies geschieht innerhalb von zwei zu unterscheidenden Vertragsverhältnissen: Zum einen innerhalb des Vertrages zwischen den Parteien und dem Schlichter (Schlichtungsvertrag) sowie innerhalb des Vertrages zwischen den Parteien untereinander zur Durchführung der Schlichtung (Schlichtungsvereinbarung). Der Weg in die Schlichtung stellt damit eine für die Parteien in vielfacher Hinsicht bedeutsame Phase dar, in welcher unternehmensinterne und externe Berater sowohl im Hinblick auf die Vermeidung von Risiken als auch für den Erfolg des Schlichtungsverfahrens einen echten Mehrwert beitragen können.<sup>132</sup>

### A. Möglichkeiten der Verfahrenseinleitung

Es gibt vielfältige Möglichkeiten der Konfliktparteien, eine Schlichtung einzuleiten. Allerdings sind die Parteien in ihrer Entscheidung über die Einleitung eines Schlichtungsverfahrens nicht in jedem Fall frei, je nachdem, ob es sich um eine individuell vereinbarte Schlichtung, um eine Schlichtung auf institutioneller Grundlage oder um eine obligatorische Schlichtung handelt. Den wichtigsten Anwendungsfall einer obligatorischen Schlichtung stellt § 15a EGZPO dar. In diesen Fällen ist in Verbindung mit dem jeweiligen Landesrecht vor Erhebung einer Klage zwingend vor einer anerkannten Gütestelle ein Verfahren zur einvernehmlichen Streitbeilegung durchzuführen.<sup>133</sup> Institutionelle

132 *Round Table Mediation & Konfliktmanagement der Deutschen Wirtschaft*, Die Erwartungen der Unternehmen an ihre Berater bei der Konfliktbearbeitung und -beilegung, SchiedsVZ 2012, 254.

133 Übersicht bei Greger, Die von der Landesjustizverwaltung anerkannten Gütestellen: Alter Zopf mit Zukunftschancen, NJW 2011, 1478; Siehe hierzu auch Rn. 47ff.

Schlichtungen werden oftmals branchenspezifisch angeboten, indem für Verbandsmitglieder oder für Konstellationen strukturellen Ungleichgewichts – insbesondere im Verbraucherbereich – Schlichtungsstellen vorgehalten werden. Hierunter können auch nach dem VSBG anerkannte Verbraucherschlichtungsstellen fallen.<sup>134</sup> Die Teilnahme an einer Schlichtung auf institutioneller Grundlage kann sowohl freiwillig als auch obligatorisch ausgestaltet sein, indem Verbandsmitglieder bei Streitigkeiten untereinander durch Gesetz oder Satzung entsprechend verpflichtet sind.<sup>135</sup> Auch kann eine Partei gesetzlich<sup>136</sup> oder durch Selbstverpflichtungserklärung<sup>137</sup> einer Teilnahmepflicht unterliegen. In der wirtschaftsrechtlichen Praxis herrschen jedoch individuell vereinbarte Schlichtungen vor. Auf der Einleitung dieser Art von Schlichtungen soll daher nachstehend der Schwerpunkt liegen.

### I. Ad-hoc-Vereinbarung

- 125 Nach den Erfahrungen der Verfasser beruhen die meisten Schlichtungsverfahren auf einer Ad-hoc-Vereinbarung der Parteien. Hier vereinbaren die Parteien *nach* Entstehung ihres Konflikts die Durchführung einer Schlichtung. Ausgangspunkt ist die Feststellung der Parteien, dass ihnen eine Lösung ihres Konflikts auf dem Wege bilateraler Verhandlungen nicht mehr möglich erscheint und es nunmehr eines Streitbeilegungsverfahrens unter Hinzuziehung eines Dritten bedarf.
- 126 Idealerweise beruht die Entscheidung für die Schlichtung als eines von mehreren möglichen Streitbeilegungsverfahren auf einer bewussten und kriteriengeleiteten Auswahl der Parteien.<sup>138</sup> Das bedeutet, dass die Parteien in einem ersten Schritt die Ausgangssituation und den Konflikt vollständig analysiert haben. Dies erfordert neben einer sorgfältigen Aufarbeitung des Sachverhalts und dessen rechtlicher Bewertung eine möglichst vollständige Analyse und Bewertung der Chancen und Risiken der Konfliktaustragung unter Einschluss der Möglichkeiten eines Risikotransfers auf Dritte. Auf dieser Grundlage sind dann in einem zweiten Schritt die verfahrensbezogenen Interessen der Parteien zu ermitteln, so dass anhand der individuellen Verfahrensinteressen eine bewusste Auswahlentscheidung für das geeignete Konfliktbeilegungsverfahren – hier: die Schlichtung – getroffen werden kann.

<sup>134</sup> Siehe Rn. 50 ff.

<sup>135</sup> Z. B. im Rahmen der Vermittlung bei Streitigkeiten zwischen Rechtsanwälten nach § 56 Abs. 2 BRAO, bei welcher auch ein Schlichtungsvorschlag unterbreitet werden kann.

<sup>136</sup> Z. B. nach § 111b Abs. 1 S. 2 EnWG und § 57a LuftVG.

<sup>137</sup> Hierzu zählt auch die allgemeine oder individuelle Bereiterklärung des Unternehmers nach den §§ 36, 37 VSBG.

<sup>138</sup> Round Table Mediation & Konfliktmanagement der Deutschen Wirtschaft, SchiedsVZ 2012, 254.

Die Einleitung einer Schlichtung aufgrund einer Ad-hoc-Vereinbarung setzt zunächst einmal die Einigung der Parteien auf das Verfahren der Schlichtung als solches voraus. Zudem müssen sich die Parteien über die Gestaltung des Verfahrens und die Auswahl des Schlichters verständigen. Hierüber schließen die Parteien eine sog. Schlichtungsvereinbarung, mit welcher sie sich zur Durchführung einer Schlichtung verpflichten sowie die Person des Schlichters oder das Auswahlverfahren zu dessen Bestimmung und möglicherweise auch schon den Ablauf des Schlichtungsverfahrens regeln. Zudem müssen die Parteien den von dem Schlichter zugrunde zu legenden Bewertungsmaßstab festlegen.

Bei der individuell vereinbarten Schlichtung sind die Parteien sowohl in ihrer Auswahl des Schlichters als auch in ihrer Verfahrensgestaltung frei.<sup>139</sup> Denkbar ist aber auch, dass sich die Parteien bei ihrer Ausgestaltung des Verfahrens an der Schlichtungsordnung einer Institution orientieren oder diese durch Bezugnahme unverändert zugrunde legen. Branchenübergreifend ist hier beispielsweise die Schlichtungsordnung der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e. V. (DIS-Schlichtungsordnung O2 – SchlO) zu nennen.<sup>140</sup> In Baustreitigkeiten bieten sich die Streitlösungsordnung für das Bauwesen (SL-Bau) der Deutschen Gesellschaft für Baurecht e. V.<sup>141</sup> oder die Schlichtungs- und Schiedsordnung für Baustreitigkeiten (SOBau) der ARGE Baurecht im Deutschen Anwaltverein<sup>142</sup> an.

## II. Schlichtungsklausel

Im Unterschied zur Ad-hoc-Vereinbarung haben die Parteien bei einer Schlichtungsklausel bereits vor Entstehung ihres Konflikts eine vertragliche Abrede zur Durchführung einer Schlichtung vor Klageerhebung getroffen.<sup>143</sup> In den allermeisten Fällen treffen die Parteien eine solche Abrede als Teil eines Grundvertrages. Denkbar ist aber auch, dass die Parteien die Abrede in einem selbständigen Vertrag treffen, sei es in Bezug auf ein konkretes Rechtsverhältnis, sei es im Hinblick auf die Geschäftsbeziehung insgesamt in Form einer Konfliktmanagementvereinbarung.

<sup>139</sup> Zu den insoweit zu regelnden Verfahrensfragen siehe Greger/Unberath/Steffek/*Greger*, D Rn. 147.

<sup>140</sup> Abrufbar unter <http://www.disarb.org/de/16/regeln/dis-schlichtungsordnung-02-id6>, letzter Abruf: 16. 4. 2018.

<sup>141</sup> Abrufbar unter <http://www.dg-baurecht.de>, letzter Abruf: 16. 4. 2018.

<sup>142</sup> Abrufbar unter <http://www.arge-baurecht.com>, letzter Abruf: 16. 4. 2018.

<sup>143</sup> Zur Schlichtungsklausel siehe Rn. 188 ff. nebst Muster-Schlichtungsklausel Rn. 203; Beispiele für Schlichtungsklauseln finden sich im Übrigen auch bei Greger/Unberath/Steffek/*Greger*, D Rn. 101 ff. sowie Fritz/Pielsticker/*Lembcke*, *Mediationsgesetz*, Andere Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung IV. Rn. 25 f.

- 130 Zumeist vereinbaren die Parteien die Durchführung einer Schlichtung für sämtliche sich aus dem Vertragsverhältnis bzw. der Geschäftsbeziehung ergebenden Streitigkeiten. Die Parteien können die Anwendbarkeit der Schlichtungsklausel aber auch auf einzelne Themen beschränken oder umgekehrt Themen von ihrer Anwendbarkeit ausnehmen. Im Übrigen haben die Parteien bei der Abfassung ihrer Schlichtungsklausel dieselben Regelungsgegenstände wie bei der Ad-hoc-Schlichtung zu berücksichtigen.
- 131 Der Vorteil von Schlichtungsklauseln besteht darin, dass sich die Parteien vor der Entstehung eines Konflikts oft leichter damit tun, außergerichtliche Streitbeilegungsverfahren zu vereinbaren und gewissermaßen sogleich ein solches Verfahren zur Hand zu haben. Als Nachteil der Schlichtungsklausel kann sich allerdings die frühe Festlegung auf das Verfahren der Schlichtung erweisen. Vor der Entstehung des Konflikts können die Parteien regelmäßig die konkrete Konfliktkonstellation und damit ihre Verfahrensinteressen noch gar nicht kennen. Mit der Festlegung auf die Schlichtung kann daher das Risiko einhergehen, dass die Parteien nunmehr ein Verfahren durchführen, das sie im Rahmen einer gründlichen Konfliktanalyse und kriteriengeleiteten Verfahrensauswahl möglicherweise nicht gewählt hätten. Dies spricht nicht generell gegen Schlichtungsklauseln. Unter dem Aspekt einer möglichst passgenauen Verfahrenswahl sollte allerdings deren Einsatz sorgfältig überlegt und abgewogen werden. Möglichkeiten eines differenzierteren Einsatzes von Schlichtungsklauseln bieten sich beispielsweise dadurch, dass die Parteien deren Anwendung auf bestimmte Themen beziehen, bei denen die Durchführung einer Schlichtung besonders naheliegt. Bei der Wahl der richtigen ADR-Klausel ist schließlich auch zu bedenken, dass es neben Mediation und Schlichtung gar nicht so viele sinnvolle Alternativen gibt, wenn die Konfliktparteien zunächst versuchen möchten, einen Konflikt erst einmal ohne streitiges Verfahren vor staatlichen Gerichten oder Schiedsgerichten zu klären. Dies gilt tendenziell jedenfalls dann, wenn die Parteien nicht gleich eine bindende Entscheidung anstreben oder noch offen ist, welcher Art der künftige Konflikt aus einem Vertragsverhältnis sein kann. Ist hingegen absehbar, dass eine sehr konkrete Fragestellung, sei sie technischer oder wirtschaftlicher Natur, streitig werden könnte, kommt stattdessen auch die Einholung eines Schiedsgutachtens in Betracht. Wenn es allerdings ganz allgemein um den möglichen Umgang mit künftigen Streitigkeiten aus einem Vertragsverhältnis geht, läuft es in der Praxis meist auf die Weichenstellung hinaus, ob eine Mediation oder eine Schlichtung das passendere Verfahren ist. So viel können die Parteien dabei nicht falsch machen. Überhaupt eines dieser alternativen Verfahren vorzuschalten ist aus Sicht der Verfasser allemal besser, als deshalb keine Mediations- oder Schlichtungsklausel zu vereinbaren, weil eine prognostische Unsicherheit verbleibt, welches dieser Verfahren zu gegebener Zeit vorzugswürdiger ist. Der Übergang von einer Mediation in

eine Schlichtung oder umgekehrt kann bei Bedarf unkompliziert vereinbart werden.

### III. Güteantrag

Eine weitere Möglichkeit zur Einleitung eines Schlichtungsverfahrens besteht in der Einreichung eines Güteantrags bei einer durch die Landesjustizverwaltung eingerichteten oder anerkannten Gütestelle.<sup>144</sup> Im Falle eines obligatorischen Güteverfahrens nach § 15a EGZPO in Verbindung mit dem jeweiligen Landesrecht handelt es sich um eine Zulassungsvoraussetzung vor einem Klageverfahren. Daneben können vor einer Gütestelle auch freiwillige Güteverfahren durchgeführt werden. Der Ablauf des Schlichtungsverfahrens richtet sich nach den landesgesetzlichen Regelungen sowie der durch die Gütestelle aufgestellten Verfahrensordnung.<sup>145</sup>

132

### IV. Übergang von Mediation in Schlichtung

Eine Schlichtung kann ebenfalls eingeleitet werden, indem die Parteien von einem Mediationsverfahren in ein (nachgelagertes) Schlichtungsverfahren übergehen. Es handelt sich hierbei somit nicht um eine Mischform aus Mediation und Schlichtung, sondern um eine Kombination aus verschiedenen Streitbeilegungsverfahren, indem die Parteien von dem Verfahren der Mediation in ein nachfolgendes Schlichtungsverfahren wechseln. Bei einem solchen Verfahrenswechsel lassen sich zwei Fallgestaltungen unterscheiden:

133

Zum einen können die Parteien bereits vor Beginn des Mediationsverfahrens die Abrede treffen, dass für den Fall des Scheiterns der Mediation entweder der zunächst als Mediator tätige Dritte oder eine andere neutrale Person als Schlichter tätig werden und unter Bewertung des Konflikts einen unverbindlichen Lösungsvorschlag unterbreiten soll. Es handelt sich somit um ein nach dem Willen der Parteien von vornherein gestuftes Verfahren mit der Maßgabe, dass die zweite Stufe (Schlichtung) erst betreten werden soll, wenn die erste Stufe (Mediation) zu keiner Einigung führt. In freier Anlehnung an die als »Med-Arb-Verfahren« bezeichnete Verbindung von Mediation und nachfolgendem Schiedsverfahren<sup>146</sup> könnte eine solche Kombination als »Med-Con-Verfahren«<sup>147</sup> bezeichnet werden.

134

Zum anderen besteht auch die Möglichkeit, dass die Parteien zunächst lediglich die Durchführung eines Mediationsverfahrens vereinbaren und beginnen.

135

<sup>144</sup> Siehe hierzu genauer Rn. 211 ff.

<sup>145</sup> May/Moeser, Anerkannte Gütestellen in der anwaltlichen Praxis, NJW 2011, 1637.

<sup>146</sup> Hierzu Klowait/Gläßer/Dendorfer-Ditges, Teil 3 N.

<sup>147</sup> Abgeleitet aus *Mediation-Conciliation*-Verfahren.