

## E. Mediation im Patentrecht

### Schrifttum:

Arntz, Die missglückte Eskalationsklausel, SchiedsVZ 2014, 237; *M. v. Barga*, Gerichtsinterne Mediation, 2008; *ders.*, in: Mediation in Verwaltungssachen, in: Quaas/Zuck/Funke-Kaiser (Hrsg.), Mediation in Verwaltungssachen, 3. Aufl. 2018, S. 1049 ff.; *Brose*, Das Güterichterverfahren in Patentstreitsachen, GRUR 2016, 146; *Eidenmüller*, Caucus-Mediation und Mediationsgesetz, ZIP Beilage zu Heft 22/2016, 18, *ders./Fries*, Entwicklung und Regulierung des deutschen Mediationsmarktes, Anwaltsblatt 67 (2017), 23; *ders./Wagner*, Mediationsrecht, 2015; *Fischer/Unberath*, Grundlagen und Methoden der Mediation, Tagung vom 22./23. März 2013 in Jena, Tagungsband 2014; *Fisher/Ury/Patton*, Das Harvard-Konzept, 25. Aufl. 2015; *Fritz/Schroeder*, Der Güterichter als Konfliktmanager im staatlichen Gerichtssystem – Aufgabenbereich und Methoden des Güterichters nach § 278 ZPO – Eine erste Bilanz, NJW 2014, 1910; *Greger/Unberath/Steffek*, Recht der alternativen Konfliktlösung, 2018; *Groß*, IP-/IT-Mediation, 3. Aufl. 2018; *Gullo*, Das neue Mediationsgesetz: Anwendung in der wirtschaftsrechtlichen Praxis, GWR 2012; *Hohmann/Morawe*, Praxis der Familienmediation, 2. Aufl. 2013; *Klowait/Gläßer*, Mediationsgesetz, 2. Aufl. 2018; *Morawe*, Mediation und Gesundheit, 2018; *Haft/Schliffen*, Handbuch Mediation, 3. Aufl. 2016; *Kaden*, Mehr als gewinnen — Mit Wirtschaftsmediation Kosten sparen und Mehrwert erzielen, Mitt. 2008, 23 ff.; *Margellos/Bonne/Humphreys/Stürmann*, Mediation: Creating Value in International Intellectual Property Disputes, 2018; *Masser/Engewald/Scharpf/Ziekou*, Evaluierung des Mediationsgesetzes, 2017; *Pasetti*, Wirtschaftsmediation als Dienstleistung von Wirtschaftskanzleien, SchiedsVZ 2015, 134; *Prittting*, Ein Plädoyer gegen Gerichtsmediation, ZZP 124 (2011), S. 163; *Rabe/Wode*, Mediation, Grundlagen, Methoden, rechtlicher Rahmen, 2015; *Risse*, Wirtschaftsmediation, 2003; *Wolpert*, Mediation — eine Alternative zum streitigen Verfahren auch im Gewerblichen Rechtsschutz?, Mitt. 2008, 170 ff. *Wendland*, Mediation und Zivilprozess, 2017.

## I. Bedeutung und Grundlagen

Gemäß § 1 Abs. 1 MediationsG ist die Mediation ein vertrauliches und strukturiertes **206** Verfahren, bei dem Parteien mithilfe eines oder mehrerer Mediatoren freiwillig und eigenverantwortlich eine einvernehmliche Beilegung ihres Konflikts anstreben. Der die Parteien dabei unterstützende Mediator ist gemäß § 1 Abs. 2 MediationsG eine unabhängige und neutrale Person ohne Entscheidungsbefugnis, die die Parteien durch die Mediation führt. Kennzeichnend ist insbesondere, dass die Konfliktbewältigung in den Händen der Parteien verbleibt<sup>239</sup> und unter Einbeziehung und Anleitung eines Dritten erfolgt.<sup>240</sup> Die Parteien handeln eigenverantwortlich und erarbeiten im Rahmen des strukturierten Mediationsverfahrens gemeinsame eine Konfliktlösung.

Die Mediation ist eine Erscheinungsform **alternativer Streitbeilegung (ADR – 207 Alternative Dispute Resolution)**. Anders als im angelsächsischen Rechtskreis spielen die unterschiedlichen Formen der alternativen Streitbeilegung und insbesondere auch die Mediation in Deutschland bisher im Patentrecht – und nicht nur dort – nur eine untergeordnete Rolle. Angesichts des hervorragenden Rufs der deutschen Gerichte, die als äußerst sachkundig, effizient und kostengünstig gelten, empfehlen Anwälte den Parteien in der Regel den Weg zum Gericht, ohne alternative Streitbeilegungsformen überhaupt in Betracht zu ziehen. Schiedsverfahren erscheinen – jedenfalls bei rein nationalen Sachverhalten – angesichts der hohen Kosten regelmäßig als unattraktiv; potentielle Schiedsrichter werden üblicherweise nicht als qualifizierter als deutsche Richter wahrgenommen. Die Möglichkeit einer Mediation wird oft von vornherein abgelehnt, da das Potential der Mediation vielfach nicht erkannt wird bzw. weil patentrechtliche Streitigkeiten fälschlicherweise pauschal als für die Mediation ungeeignet angesehen werden. Vielfach wird auch angenommen, die Möglichkeiten zu einer einvernehmlichen Streitbeilegung seien ausgeschöpft, da die Anwälte ihr Möglichstes getan hätten, um eine gütliche Einigung zu erzielen.

<sup>239</sup> *Eidenmüller/Wagner* Kap. 1 Rn. 8.

<sup>240</sup> *Eidenmüller/Wagner* Kap. 1 Rn. 10.

- 208 Belastbare Fallzahlen zur Häufigkeit von Mediationsverfahren und statistische Auswertungen zu Rechtsgebieten und näheren Umständen, die Mediationsverfahren zum Erfolg verhelfen bzw. zum Scheitern bringen, sind allein schon wegen der Vertraulichkeit der durchgeführten Mediationsverfahren nicht verfügbar. Für die zunehmende Bedeutung der Mediation spricht allerdings, dass sowohl die gerichtliche als auch die außergerichtliche Mediation zunehmend in das Blickfeld von Gesetzgebung und Praxis rücken.

## II. Die Rolle des Mediators

### 1. Allgemeine Anforderungen

- 209 Kennzeichnend für den Mediator ist seine Unabhängigkeit, und das Fehlen von Entscheidungsbefugnissen. Er ist gemäß § 1 Abs. 2 MediationsG eine unabhängige und neutrale Person ohne Entscheidungsbefugnis, die die Parteien durch die Mediation führt. Er hat gem. § 2 Abs. 6 MediationsG darauf hinzuwirken, dass die Parteien eine konfliktledigende Vereinbarung abschließen. Anders als beim Schiedsverfahren oder vor Gericht wird das Verfahren nicht nach den Vorstellungen des Richters bzw. Schiedsrichters entschieden; vielmehr erfolgt eine Regelung anhand der eigenen Vorstellungen der Parteien, die unter Anleitung des Mediators gemeinsam eine Lösung erarbeiten. Die Aufgabe des Mediators besteht darin, die Parteien in der eigenverantwortlichen Herbeiführung einer Lösung ihres Konflikts zu unterstützen. Der Mediator bleibt **allparteilich**, dh er bemüht sich, alle Parteien gleichermaßen zu verstehen. Er darf die Parteien nicht zu einer von ihm als sinnvoll erachteten Entscheidung drängen. Die Verfahrensherrschaft bleibt bei den Parteien.<sup>241</sup> Angesichts seiner Neutralitätspflicht (Allparteilichkeit) ist es nicht seine Aufgabe, der schwächeren Partei zur Seite zu springen und in dieser Form Ungleichgewichte auszugleichen, damit ein faires Verfahren verwirklicht wird. Er muss jedoch dafür sorgen, beide Parteien gleichermaßen einzubinden.<sup>242</sup>
- 210 Während die Parteien über die von ihnen zu beachtende Vertraulichkeit privatautonom entscheiden können, ist der Mediator zur Vertraulichkeit verpflichtet. Der Mediator hat ein Zeugnisverweigerungsrecht gemäß § 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO iVm § 4 S. 1 MedG. Anwaltsmediatoren können sich zusätzlich auf Vertraulichkeit gemäß § 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO iVm § 43a Abs. 2 S. 1 BRAO, § 18 BORA berufen.
- 211 Gem. § 5 Abs. 2 MediationsG darf sich als **zertifizierter Mediator** nur bezeichnen, wer eine Ausbildung zum Mediator abgeschlossen hat, die den Anforderungen der Rechtsverordnung nach § 6 MediationsG entspricht.<sup>243</sup> Er muss insbesondere einen Ausbildungslehrgang im Umfang von mindestens 120 Präsenzzeitstunden absolviert haben.

### 2. Anforderungen bei Mediationen im Patentrecht

- 212 Neben der Kompetenz als Mediator erscheint nach hier vertretener Ansicht eine hinreichend große **Feldkompetenz** als erforderlich, dh der Mediator in Patentstreitigkeiten sollte sich auf diesem Rechtsgebiet auskennen. Es ist unabdingbar, dass der Mediator den Konflikt und die damit verbundenen Rechtsfragen versteht. Nur dann kann eine gemeinsame Kommunikationsebene zwischen dem Mediator und den Parteien der Mediation gefunden werden, und der Mediator wird von den Parteien nur dann aufgrund seiner fachlichen Autorität im Patentrecht ernstgenommen. Vorschläge des Mediators werden nur dann angenommen werden, wenn die Parteien der Überzeugung sind, dass

<sup>241</sup> Wendland S. 177 f.

<sup>242</sup> Eidenmüller/Wagner Kap. 5 Rn. 10.

<sup>243</sup> Zu den Voraussetzungen einer Zertifizierung vgl. das ZMediatAusbV sowie unten V.

er die komplexe Streitfrage sowie die dahinter stehenden wirtschaftlichen Interessen erfasst und kompetent behandelt.<sup>244</sup> Außerdem gelingt es nur dem fachlich kompetenten Mediator, die Parteien darin zu unterstützen, die relevanten Themenstellungen zu identifizieren und sie bei der Auffindung einer Lösung zu unterstützen, die dazu geeignet ist, den Konflikt umfassend beizulegen.

### 3. Unterschiedliche Rollenbilder des Mediators

Die Rolle des Mediators kann – je nach Konfliktgegenstand und Persönlichkeit des Mediators – unterschiedlich ausgestaltet sein.<sup>245</sup> Insbesondere kann der Mediator entweder lediglich moderierend tätig werden und damit nur die Kommunikation zwischen den Parteien steuern (*facilitative mediation*) oder stärker inhaltlich in das Verfahren eingreifen (*evaluative mediation*). Gerade im Patentrecht ist es möglich, dass ein eng definierter Konfliktgegenstand – etwa eine Patentverletzung oder ein Streit über einen Lizenzvertrag – eine Mediation verlangt, die die Erfolgsaussichten eines Gerichtsverfahrens zumindest als Vergleichsmaßstab im Blick behält und deren Streitgegenstand ähnlich zugeschnitten ist wie der eines Zivilprozesses. Möglich ist auch eine weite Definition des Konfliktgegenstandes, so dass nicht nur die streitige Rechtsfrage thematisiert wird, sondern auch die zugrunde liegenden Interessen und die Frage nach den Möglichkeiten zukünftiger Kooperation.

## III. Die Prinzipien der Mediation

Die Mediation basiert auf mehreren Prinzipien, die zu Beginn des Mediationsverfahrens durch den Mediator erläutert werden und mit denen sich die Konfliktparteien einverstanden erklären müssen.<sup>246</sup>

Das Prinzip der **Freiwilligkeit** hat zum Inhalt, dass die Konfliktparteien freiwillig im Mediationsverfahren sind. Sind die Parteien – etwa von ihren Vorgesetzten – in das Mediationsverfahren geschickt worden, so erfordert das Prinzip der Freiwilligkeit, dass sie von sich aus entscheiden, das Mediationsverfahren fortzusetzen. Die Parteien müssen also nicht notwendigerweise freiwillig gekommen sein, sie müssen aber freiwillig bleiben.<sup>247</sup>

Die Parteien müssen eigenverantwortlich (autonom) am Mediationsverfahren teilnehmen (**Eigenverantwortlichkeit**). Sie müssen selbstbestimmt handeln und ihre Entscheidungen selbstbestimmt treffen können.

Das Prinzip der **Offenheit** (Offenlegung) besagt, dass eine Entscheidung nur dann getroffen werden kann, wenn die Konfliktparteien über alle Informationen verfügen, die zur Entscheidungsfindung notwendig sind.

Weiter gilt das Prinzip der **Allparteilichkeit**/Neutralität. Während der Richter nur gegenüber Recht und Gesetz verpflichtet ist, hat er gegenüber den Parteien Neutralität zu wahren. Demgegenüber ist der Mediator – im Rahmen des geltenden Rechts – nur den Parteien gegenüber verpflichtet. Er hat sicherzustellen, dass er möglichst beide Konfliktparteien gleichermaßen versteht und ihnen dieses Verständnis auch vermittelt. Im Folgenden ist daher auch von „Allparteilichkeit“ statt von „Neutralität“ die Rede.

Weiter besteht das Gebot der **rechtlichen Information**. Um eine belastbare Entscheidung treffen zu können, bedürfen die Parteien der rechtlichen Information. Im Bereich des

<sup>244</sup> Haft/Schlieffen Mediation–HdB/Chrocziel/Samson-Himmelsjerna § 39 Rn. 29.

<sup>245</sup> Vgl. hierzu Wendland S. 392 ff., mit Verweis auf Riskin 1 Harv. Neg. L. Rev. 7, 19 ff. (1996); s. auch Margellos/Bonne/Humphrey/Stürmann § 1.02 [B].

<sup>246</sup> Zu den Prinzipien vgl. ausführlich Morawe, Mediation und Gesundheit, S. 43 ff.

<sup>247</sup> Morawe, Mediation und Gesundheit, S. 47 f.

Patentrechts hat man es mit professionellen, stets anwaltlich vertretenen Parteien zu tun, so dass sich hier keine Probleme ergeben.

## IV. Mediationsgeeignete Streitigkeiten

### 1. Unterschiede zwischen Mediation und Zivilprozess

- 220** Geht man davon aus, dass in erster Linie solche Konflikte zur Befriedung durch Mediationsverfahren geeignet sind, in denen persönliche Probleme zwischen den Beteiligten im Vordergrund stehen, so erscheint es auf den ersten Blick nicht als verwunderlich, dass Mediationsverfahren im Patentrecht bislang eine untergeordnete Bedeutung spielen. Denn beinahe ausnahmslos handelt es sich bei den Streitparteien eines Patentprozesses um professionelle Parteien, die anwaltlich beraten und vertreten sind, denen somit eine rationale Entscheidung über die gerichtliche Austragung eines Konflikts zuzutrauen ist<sup>248</sup>.
- 221** Bei näherer Betrachtung hat die Mediation allerdings auch im Bereich des Patentrechts ein erhebliches Potential, da die Mediation gegenüber dem Zivilprozess erhebliche Vorteile birgt, die in geeigneten Fällen ein Mediationsverfahren einem Gerichtsprozess gegenüber vorzugswürdig erscheinen lassen können.<sup>249</sup> Die Mediation ist zweifelsohne nicht für jede patentrechtliche Auseinandersetzung geeignet. Dies sollte aber nicht den Blick davon ablenken, dass es nicht wenige Konstellationen gibt, in denen die Mediation zur Befriedung der Auseinandersetzung und zur Erarbeitung einer angemessenen Lösung führt. Während die Gestaltungsmöglichkeiten des Ergebnisses eines Rechtsstreits überschaubar sind und sich im Wesentlichen in der Stattgabe bzw. (Teil-)Abweisung der Klage erschöpfen, sind die Handlungsoptionen bei der Mediation weitaus umfangreicher. Zwar ist im Rahmen eines Rechtsstreits ebenfalls die Streitbeilegung durch Vergleich möglich; die Gerichtsverhandlung zielt allerdings nur selten auf die Herbeiführung eines Vergleichs ab. Auch erwarten die Parteien und ihre Anwälte vom Gericht im Regelfall eine autoritative Entscheidung. Vor allem aber wird im Gerichtsverfahren keine Methode angewendet, die gleichermaßen wie die Mediation die Freiräume schaffen würde, die es erlauben, zu einer gütlichen und die beiderseitigen Interessen berücksichtigenden Streitbeilegung zu gelangen.
- 222** Der Zivilprozess verrechtlicht Streitigkeiten, auch wenn diese in erster Linie andere Auslöser haben und die gegensätzlichen Positionen kaum mit den geltend gemachten rechtlichen Ansprüchen deckungsgleich sind.<sup>250</sup> Überdies entscheidet der Rechtsstreit über Vorkommnisse in der Vergangenheit und ist deshalb nicht darauf ausgerichtet, das Verhältnis der Parteien in der Zukunft zu regeln.<sup>251</sup> Zudem führt der Rechtsstreit – falls kein Vergleich geschlossen wird – zu Gewinnern und Verlierern und birgt damit die Gefahr der Eskalation, so dass die zukünftige Kooperation der Streitparteien kaum mehr möglich ist.<sup>252</sup> Auch erfolgt die Kommunikation nicht mehr zwischen den Streitparteien, sondern wird über deren Anwälte gesteuert<sup>253</sup> und beschränkt sich in der Regel auf das, was beweisbar ist und zum Obsiegen im Rechtsstreit führt. Damit entfernt sich der Stoff des Rechtsstreits zunehmend von dem Konflikt, der zwischen den Prozessparteien eigentlich besteht.
- 223** Diese Strukturdefizite des Zivilprozesses werden durch die Mediation spiegelbildlich ausgeglichen<sup>254</sup>: Der Konflikt wird nicht verrechtlicht, sondern die den Rechtspositionen

<sup>248</sup> Ausführlich zu den Unterschieden zwischen Mediationsverfahren und dem staatlichen Gerichtsverfahren bzw. anderen Verfahren *M. von Bagen*, Gerichtsinterne Mediation, S. 47 ff. mwN.

<sup>249</sup> Vgl. zu den Grenzen gerichtlicher Streitentscheidung umfassend *Wendland* S. 14 ff.; s. auch *v. Bagen* in *Quaas/Zuck/Funke-Kaiser* (Hrsg.) S. 1049, 1058 f.

<sup>250</sup> *Wendland* S. 23 ff.

<sup>251</sup> *Wendland* S. 28 f.

<sup>252</sup> *Wendland* S. 32 ff.

<sup>253</sup> *Wendland* S. 34 ff., 39 ff.

<sup>254</sup> *Wendland* S. 44.

zugrunde liegenden Interessen werden in den Vordergrund gerückt, so dass die Gesamtheit der Konfliktebenen betrachtet und aufgearbeitet wird.<sup>255</sup>

Zweifellos sind solche Verfahren für Mediationen in besonderem Maße geeignet, in denen die persönliche **Beziehungsebene** von entscheidender Bedeutung ist. Dies ist auch bei Patentstreitigkeiten nicht selten der Fall. Die Mediation erfordert den Willen beider Parteien, eine gemeinsame Lösung zu finden. Die Motivation hierzu ist umso größer, je mehr die Konfliktparteien darauf angewiesen sind, später noch miteinander zu tun zu haben. Langfristige Lieferbeziehungen scheitern an persönlichen Missverständnissen, Patentstreitigkeiten zwischen Wettbewerbern mögen von jahrzehntelangen Antipathien getragen und durch diese immer wieder neu entfacht werden, Streitigkeiten in Arbeitnehmererfindersachen mögen in erster Linie darin begründet sein, dass sich der Mitarbeiter nicht hinreichend wertgeschätzt fühlt. Nicht selten kann eine unterschiedliche Firmenkultur – gerade bei Patentstreitigkeiten mit ausländischen Unternehmen – der eigentliche Grund für den Patentkonflikt sein. 224

Auch die **Freiwilligkeit** der Mediation sowie die fehlende Entscheidungsautorität des Mediators mag in geeigneten Fällen durchaus vorteilhaft sein. Denn auf diese Weise wird die Verantwortlichkeit für eine konstruktive Konfliktlösung auf die Parteien verlagert; diese haben Anreize, konstruktiv an der Konfliktlösung mitzuwirken, da anderenfalls das Verfahren gänzlich scheitert und (vorbehaltlich der doch noch aufwändig durchzuführenden Klage) keine autoritative Sachentscheidung als Rückfallposition zur Verfügung steht. 225

Die Unterschiede in Verfahrensstruktur und -zielen zwischen Mediation und Zivilprozess lassen sich überblicksmäßig wie folgt zusammenfassen, wobei sich die Darstellung mit leichten Abwandlungen an der Tabelle von *Wendlandt* orientiert:<sup>256</sup> 226

	<i>Mediation</i>	<i>Zivilprozess</i>
	<i>Sachentscheidung</i>	
<i>Entscheidungsbefugnis</i>	# Parteien # privatautonom # selbstbestimmte Einigung	# Dritter # heteronom # fremdbestimmte Entscheidung
<i>Ziel</i>	# Gemeinsame Lösung	# Gewinnen
<i>Rolle des Dritten</i>	# Vermittlung, Allparteilichkeit	# Entscheidung, Neutralität
<i>Lösungsgrundlage</i>	# Interessen	# Rechte
<i>Rolle des Rechts</i>	# Die Lösung wird als regelgerecht empfunden, die Parteien schaffen sich eigenes Recht	# Die Lösung ist regelgerecht, Recht wird angewendet
<i>Lösungsprinzip</i>	# privatautonomer Konsens # kooperativ	# hoheitliche Drittentscheidung # kontradiktorisch
<i>Vertraulichkeit</i>	# vertraulich	# öffentlich

<sup>255</sup> *Wendland* S. 44.

<sup>256</sup> Wesentliche Teile der Tabelle sind aus *Morawe*, Mediation und Gesundheit, 2.7 sowie von *Wendland* S. 185 f. übernommen.

<i>Verfahrensergebnis</i>	# nicht bindend	# bindend
	# flexible Einzelfalllösung	# typisierte Binärenentscheidung
	# prospektiv	# retrospektiv
	# win-win-Lösungen	# win-lose-Lösungen
	# hohe Zufriedenheit aller Parteien	# Enttäuschung des Prozessverlierers
	# versöhnend	# konfrontativ
	# beziehungserhaltend	# beziehungsschädigend

## 2. Mediationsgeeignete patentrechtliche Verfahren

- 227 Patenvindikationsverfahren** erweisen sich nicht selten als mediationsgeeignet. Wenn sich – wie in solchen Verfahren nicht selten – ein Unternehmen und ausgeschiedene Mitarbeiter darüber streiten, wer die Erfindung getätigt hat, liegen die Streitigkeiten vielfach mehr auf der Beziehungs- als auf der Sachebene. Auch **innerhalb eines Unternehmens** können mit dem Patentrecht in Zusammenhang stehende Streitigkeiten entstehen, die geeigneter Gegenstand eine Mediation sein könnte. Insbesondere bei Streitigkeiten zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, etwa im Zusammenhang mit **Arbeitnehmererfindungen**, ist eine frühzeitige außergerichtliche Konfliktlösung zur Vermeidung von Eskalationen angezeigt.
- 228** Aber auch in Verfahren, in denen Sachfragen in stärkerem Maße im Vordergrund stehen, können Mediationen durchaus sinnvoll sein. Anders als Gerichts- oder Schiedsverfahren lassen Mediationsverfahren keinen „Verlierer“ zurück, sondern führen zu einer „gesichtswahrenden“ Lösung im Interesse beider Parteien. Damit erlaubt eine erfolgreiche Mediation eine in die **Zukunft gerichtete Kooperation**. Daher kommen Mediationsverfahren auch dann in Betracht, wenn – ungeachtet des Themas der jeweiligen streitigen Angelegenheit – **langfristige Geschäftsbeziehungen** geplant oder jedenfalls nicht von vornherein ausgeschlossen sind. Insbesondere können daher Mediationsverfahren bei langfristigen Forschungs- und Entwicklungsverträgen ebenso vorzugswürdig sein wie bei sonstigen Lizenzverträgen.
- 229** Gegenüber Gerichtsverfahren haben Mediationen in geeigneten Fällen zahlreiche Vorteile. Mediationsverfahren können **vertraulich** geführt werden, wogegen die Geheimhaltung gerichtlicher Verfahren nur eingeschränkt gewährleistet ist.<sup>257</sup> Deshalb können Verfahren mediationsgeeignet sein, in denen im Rahmen eines Zivilprozesses die Aufdeckung vertraulicher Informationen drohen würde.
- 230** Außerdem können die Parteien anders als vor Gericht einen oder mehrere geeignete **Mediatoren auswählen**; dies erscheint insbesondere dann als zweckmäßig, wenn (etwa aus Gründen der beschränkten örtlichen Zuständigkeit) nicht sichergestellt werden kann, dass die Sache vor einem in Patentsachen erfahrenen Spruchkörper behandelt wird. Darüber hinaus besteht die Möglichkeit, **grenzüberschreitende Konflikte und Konflikte, die mehrere Schutzrechte zum Gegenstand haben**, in einem Zug zu lösen. Nicht zuletzt ergeben sich ganz erhebliche **Zeit- und Kostenvorteile**, da eine ins einzelne gehende technisch-juristische Aufbereitung des Stoffes nicht nötig ist, ein Instanzenzug fehlt und mehrere gegebenenfalls grenzüberschreitende und äußerst kostenaufwändige Rechtsstreitigkeiten in einer Verhandlung gelöst werden können.
- 231** Fragen, die im Zusammenhang mit möglichen Patentverletzungen oder Forschungs- und Entwicklungsverträgen stehen, unterliegen zumeist der **Privatautonomie** und der **Dis-**

<sup>257</sup> Vgl. dazu Haedicke Mitt. 2018, 249 (251).

**positionsbefugnis** der Parteien. Ebenso wie eine Patentverletzungsklage zurückgenommen werden kann, kann eine Mediation über diese Fragen jederzeit initiiert bzw. auch wieder beendet werden. Grenzen ergeben sich nur insoweit, als Verfahren nicht der Dispositionsmaxime unterliegen. Dies gilt insbesondere für den Einspruch. Der Einspruch erlischt durch Beschluss der Patentabteilung gem. § 61 PatG bzw. Art. 101 EPÜ. Die Beteiligten können das Einspruchsverfahren nicht durch Erklärung gegenüber dem Patentamt beenden, so dass eine entsprechende Verpflichtung rechtlich unmöglich wäre.

### 3. Mediation und Eskalation

Mit der Beschränkung auf besondere Verfahrenstypen oder auf bestimmte isoliert betrachtete Vorzüge des Mediationsverfahrens gegenüber Zivilprozessen würde allerdings der Kreis der Verfahren, die für eine Mediation geeignet sind, zu eng bemessen. Letztlich kommt eine Mediation dem Grundsatz nach immer dann in Betracht, wenn die Parteien eine gemeinsame Zukunft – etwa im Sinne gemeinsamer Geschäftsbeziehungen – als sinnvoll oder notwendig erachten. Dies kann auch in Nichtigkeitsverfahren sowie in Patentverletzungsverfahren der Fall sein, etwa soweit diese Streitigkeiten in lizenzvertragliche Beziehungen eingebettet sind. 232

Losgelöst vom jeweils konkreten Verfahren ist ein Mediationsverfahren dann sinnvoll und erfolgversprechend, wenn die Kommunikation zwischen den Parteien noch nicht so weit gestört und nicht so hoch eskaliert ist, dass der Konflikt nur durch eine gerichtliche Entscheidung gelöst werden kann. *Friedrich Glasl* hat ein neunstufiges Konflikteskalationsmodell entwickelt, das von der Verhärtung der Positionen (Stufe 1) als niedrigster Eskalationsstufe bis zur Vernichtung des Gegners auch um den Preis der Selbstvernichtung geht (Stufe 9: „Gemeinsam in den Abgrund“).<sup>258</sup> Jedenfalls bis zur 7. Stufe („Begrenzte Vernichtung“), bei der die begrenzte Vernichtung des Gegners im Vordergrund steht und ein begrenzter eigener Schaden in Kauf genommen wird, sofern der des Gegners größer ist, erscheint eine Mediation noch als sinnvoll. Allerdings kann es durchaus sein, dass die Konfliktparteien kurz vor der vollständigen Vernichtung („Gemeinsam in den Abgrund“) noch einmal innehalten und über Alternativen nachdenken. Gerade auch dann erscheint eine Mediation als möglich und sinnvoll. Der Mediator ist in diesen Fällen der Zaun an der Klippe, während das Gericht (oder der Insolvenzverwalter) als Notarzt tätig würde. 233

## V. Gerichtliche und außergerichtliche Mediation

### 1. Außergerichtliche Mediation

Gemäß § 278 Abs. 1 ZPO soll das Gericht in jeder Lage des Verfahrens auf eine gütliche Beilegung des Rechtsstreits oder einzelner Streitpunkte bedacht sein. Zu diesem Zweck kann das Gericht eine außergerichtliche Konfliktlösung vorschlagen (§ 278a ZPO). Somit hat das Gericht die Möglichkeit, die Einschaltung eines externen Mediators anzuregen (**gerichtsnahe außergerichtliche Mediation**). Bei der gerichtsnahen Mediation handelt es sich um eine Mediation außerhalb des Gerichts, die aber im Zusammenhang mit einem abhängigen Verfahren erfolgt. Entscheiden sich die Parteien zur Durchführung einer außergerichtlichen Mediation, ordnet das Gericht gem. § 278a Abs. 2 ZPO das Ruhen des Verfahrens an. Das Mediationsverfahren erfolgt dann ganz unabhängig vom Gericht. 234

<sup>258</sup> *Glasl* S. 199 ff., 234 ff., 395 ff.; *Haft/Schlieffen Mediation-HdB/Trossen* § 25 Rn. 23 ff.; *v. Barga* in *Mediation in Verwaltungssachen*, in: *Quaas/Zuck/Funke-Kaiser* (Hrsg.), *Mediation in Verwaltungssachen*, S. 1049, 1063.



## 2. Verhandlung vor dem Güterichter

- 235** Von der außergerichtlichen gerichtsnahen Mediation zu unterscheiden ist die **gerichtliche Güteverhandlung**. Gemäß § 278 Abs. 1 ZPO soll der das Gericht in jeder Lage des Verfahrens auf eine gütliche Beilegung hinwirken. Die Güteverhandlung geht gemäß § 278 Abs. 1 ZPO der mündlichen Verhandlung voraus und erfolgt vor dem Richter des Rechtsstreits (278 Abs. 2 ZPO).
- 236** Daneben kann das Gericht gemäß § 278 Abs. 5 ZPO die Parteien für die Verhandlung vor einem hierfür bestimmten und nicht entscheidungsbefugten Richter (**Güterichter**) verweisen.<sup>259</sup> Der Güterichter gem. § 278 Abs. 5 ZPO gehört nicht dem erkennenden Spruchkörper an. Er nimmt nach der Systematik des neu gefassten § 278 ZPO im Rahmen der Güteverhandlung die Aufgabe der einvernehmlichen Beilegung des Rechtsstreits wahr.<sup>260</sup> Der Güterichter ist somit ein für die Beilegung des Rechtsstreits im Rahmen der Güteverhandlung bestimmter Richter, der nicht befugt ist, den Rechtsstreit zu entscheiden.<sup>261</sup> Nach einer Ansicht handelt es sich um ein nicht öffentliches Verfahren und nicht um ein Gerichtsverfahren iSd GVG<sup>262</sup>, so dass der Öffentlichkeitsgrundsatz gem. § 169 GVG nicht gilt.<sup>263</sup> Nach aA<sup>264</sup> handelt es sich bei der Mediation durchaus um originäre Rechtsprechungstätigkeit. Allerdings zwingt § 169 GVG die Güterichtermediation trotzdem nicht in die Öffentlichkeit, da es sich dabei weder um die mündliche Verhandlung, noch um das erkennende Gericht im Sinne der Vorschrift handelt.<sup>265</sup>
- 237** So besteht beispielsweise beim Landgericht München I in Patentsachen die Möglichkeit einer Mediation unter Leitung eines Güterichters, der in der Regel Mitglied der anderen Patentstreitkammer ist und ggf. durch einen Güterichter des Bundespatentgerichts unterstützt werden kann.<sup>266</sup> Die Zuweisung erfolgt im Einverständnis der Parteien zB im Rahmen des frühen ersten Termins. Der Güterichter terminiert regelmäßig innerhalb von ein bis zwei Monaten. In diesem Güteverfahren besteht die Möglichkeit, eine umfassende Regelung aller zwischen den Parteien offenen Streitpunkte unabhängig davon zu vereinbaren, ob diese bereits rechtshängig sind. Ggf. können Zwischenregelungen für die Zeit bis zum streitigen Abschluss des Verfahrens getroffen werden.<sup>267</sup> Der Güterichter kann alle Methoden der Konfliktbeilegung einschließlich der Mediation einsetzen.<sup>268</sup>
- 238** Die Mediationstätigkeit des Richters wird mitunter äußerst kritisch gesehen.<sup>269</sup> So wird eingewendet, dass der Richter in diesen Fällen nicht das anwendbare Recht auf den Sachverhalt anwende, was indes seine erstrangig zugewiesene Aufgabe sei. Meditation unterscheide sich von der gerichtlichen Tätigkeit gerade dadurch, dass die gerichtliche Tätigkeit nicht darauf abziele, Hilfestellung zu einer privatautonomen Lösung zu geben.<sup>270</sup> Wert und Bedeutung staatlicher Rechtsprechung bestünden in der Streitentscheidung als Ablösung des Selbsthilfgedankens.<sup>271</sup> Ein Rollenwechsel des Richters vom Streitentscheider zum

<sup>259</sup> Ausführlich hierzu *von Barga*, Gerichtsinterne Mediation, S. 201 ff. und 231 ff. sowie speziell für das Patentrecht *Brose* GRUR 2016, 146.

<sup>260</sup> *Fritz/Schroeder* NJW 2014, 1910 (1911).

<sup>261</sup> *Fritz/Schroeder* NJW 2014, 1910 (1911).

<sup>262</sup> Sehr kritisch *Prütting* ZJP 124 (2011), 163 (167 f.) (noch vor Inkrafttreten des MediationsG).

<sup>263</sup> *M. Ahrens* NJW 2012, 2407; BT-Drs. 17/5335, 13.

<sup>264</sup> *von Barga*, Gerichtsinterne Mediation, S. 201 ff.

<sup>265</sup> *von Barga*, Gerichtsinterne Mediation, S. 316 f.

<sup>266</sup> Vgl. im Einzelnen *Brose* GRUR 2016, 151 (156).

<sup>267</sup> [https://www.justiz.bayern.de/media/images/behoerden-und-gerichte/infoblatt\\_m\\_nchner\\_verfahren\\_stand\\_12\\_2016\\_.pdf](https://www.justiz.bayern.de/media/images/behoerden-und-gerichte/infoblatt_m_nchner_verfahren_stand_12_2016_.pdf).

<sup>268</sup> Vgl. zur Frage, ob der Güterichter unter den Begriff des Mediators fällt, ob also Verfahren vor dem Güterichter in den Anwendungsbereich des Mediationsgesetzes fallen und ob der Güterichter die Definitionsmerkmale des „Mediators“ in § 1 Abs. 2 MediationsG erfüllt, *Masser/Engewald/Scharpf/Ziekou*, Evaluierung des Mediationsgesetzes, S. 28.

<sup>269</sup> *Prütting* ZJP 124 (2011), 163.

<sup>270</sup> *Prütting* ZJP 124 (2011), 163 (167 f.) gegen *v. Barga*, Gerichtsinterne Mediation, S. 145 ff., 363.

<sup>271</sup> *Prütting* ZJP 124 (2011), 163 (168).



Mediator schwäche die Autorität der Justiz und führe zum Vertrauensverlust in den Rechtsstaat.<sup>272</sup>

Zudem fällt den Konfliktparteien das Verständnis des **Rollenwechsels der Justiz** schwer. 239 Auch wenn der Güterichter ein anderer Richter als der Richter des Rechtsstreits ist, erscheint er vielen Parteien als autoritär handelnde und zur Entscheidung berufene Institution, die Entscheidungen treffen kann. Dieser Eindruck wird dadurch verstärkt, dass das Güterichterverfahren üblicherweise in den Räumen des Gerichts stattfindet. Vielfach werden die Konfliktparteien auch von der Vertraulichkeit der Mediation nicht überzeugt sein und daran zweifeln, dass der erkennende Richter tatsächlich nicht über die Inhalte des Mediationsverfahrens informiert wird und auf die ausgetauschten Unterlagen keinen Zugriff erhält. Die Parteien befürchten demzufolge nicht selten, dass sich ihre Äußerungen im Urteil wiederfinden oder zumindest dessen Entscheidungsgrundlage bilden, so dass die Schaffung einer Vertrauensgrundlage deutlich schwerer fällt als in einem gerichtsfernen Mediationsverfahren. Auch unterliegen die Güterichter keiner dem zertifizierten Mediator gleichartigen Ausbildungsverpflichtung. Nicht zuletzt und man mag sich fragen, warum Aufgaben von der öffentlichen Hand an sich gezogen werden, die in private Hände übertragen worden sind und dort kompetent bewältigt werden.

## VI. Gesetzliche Grundlagen

In den vergangenen Jahren waren rege Aktivitäten sowohl im Rahmen des Einheitlichen 240 Patentsystems als auch seitens des deutschen und europäischen Gesetzgebers zu verzeichnen, mit denen die Mediation in einen rechtlichen Rahmen eingepasst werden sollte. Da allerdings das Mediationsverfahren durch seine Offenheit und Flexibilität geprägt ist, stößt jede inhaltliche Regulierung schnell an ihre Grenzen. Dies kann nicht verwundern, da der Anwendungsbereich der Mediation sehr breit ist, eine Vielzahl unterschiedlicher Rechts- und Lebensbereiche abdeckt und von der Mediation bei familienrechtlichen Streitigkeiten bis hin zur internationalen Wirtschaftsmediation im Kapitalmarkt- sowie eben auch im Patentrecht reicht.

Ausgangspunkt für die nationalen gesetzgeberischen Aktivitäten war die **Media- 241 tionsRL**,<sup>273</sup> die nur einen groben Rahmen setzt und nur auf grenzüberschreitende Mediationsverfahren anwendbar ist. Sie weist – abgesehen von einigen Begriffsklärungen und allgemeinen Grundsätzen – einen geringen Regelungsgehalt auf. Daneben hat die Europäische Kommission einen **europäischen Verhaltenskodex für Mediatoren** veröffentlicht.<sup>274</sup>

Umgesetzt wurde die Richtlinie durch das **MediationsförderungsG** aus dem Jahr 242 2012.<sup>275</sup> Dieses Artikel-Gesetz enthält zum einen das **Mediationsgesetz** und zum anderen verschiedene Änderungen der Prozessordnungen zur Einführung des Güterichters in ZPO, VwGO, SGG, ArbGG und FGG. Der Regelungsgehalt der Richtlinie ist nur unwesentlich breiter als der des MediationsförderungsG; im wesentlichen wurde die Richtlinie in deutsches Recht überführt. Der Anwendungsbereich des MediationsförderungsG ist auch deshalb begrenzt, weil das Gesetz nur auf rein nationale Sachverhalte Anwendung findet. Als erster Schritt der gesetzgeberischen Regulierung eines bis dahin unregulierten Gebietes und angesichts der offenen Form der Mediation ist das MediationsförderungsG trotz seines beschränkten Regelungsgehalts als positiv zu bewerten.<sup>276</sup>

<sup>272</sup> Prütting ZZP 124 (2011), 163 (168).

<sup>273</sup> Richtlinie 2008/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.5.2008 über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen.

<sup>274</sup> [http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr\\_ec\\_code\\_conduct\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_de.pdf).

<sup>275</sup> Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung, BGBl. I S. 1577.

<sup>276</sup> Vgl. den Evaluationsbericht *Masser/Engewald /Scharpf /Ziekou*, Evaluierung des Mediationsgesetzes, 2017.

- 243 Am 1.9.2017 ist die Verordnung über die Aus- und Fortbildung von zertifizierten Mediatoren (Zertifizierte-Mediatoren-Ausbildungsverordnung – **ZMediatAusbV**) in Kraft getreten.<sup>277</sup>
- 244 Regelungen zur Mediation, insbesondere die vorstehend erwähnten Vorgaben zum Güterichter und zur gerichtsnahen Mediation, finden sich in der Zivilprozessordnung in §§ 278, 278a ZPO. Es wurde auf diese Weise eine gesetzliche Grundlage für die gerichtsnahen Mediation geschaffen.
- 245 Daneben gibt es eine Vielzahl von **Mediationsordnungen**, zB diejenige der IHK München<sup>278</sup>, die DIS Mediation Rules<sup>279</sup>, die ICC Mediation Rules<sup>280</sup>, WIPO Mediation Rules<sup>281</sup> oder die Mediationsordnung des Europäischen Instituts für Conflict Management eV (EUCON)<sup>282</sup>.

## VII. Institutionen und freie Mediation

### 1. Ad hoc Mediation und Einleitung der Mediation aufgrund einer Mediationsklausel

- 246 In einigen Fällen entscheiden sich die Parteien ad hoc aufgrund entsprechenden Anratens ihrer Anwälte oder des Gerichts für eine Mediation. In vielen Fällen enthalten Verträge zwischen den Konfliktparteien allerdings auch **Mediationsklauseln**, die teilweise mit Schiedsklauseln kombiniert sind.<sup>283</sup> Solche Klauseln können vorsehen, dass die **Schiedsklausel** zur Anwendung kommt, wenn die Meinungsverschiedenheiten nicht durch ein Mediationsverfahren gütlich beigelegt werden können (**Eskalationsklausel**)<sup>284</sup>

### 2. Institutionelle und freie Mediation

- 247 Ziehen die Parteien eines Rechtsstreits – ggf. auf Anraten ihrer Anwälte oder des Gerichts – die Durchführung einer Mediation in Erwägung, so haben sie die Wahl zwischen einer institutionellen und einer freien Mediation. Die institutionelle Mediation<sup>285</sup>, etwa im Rahmen der WIPO oder der DIS oder auf nationaler Ebene zB im Rahmen des Europäischen Instituts für Conflict Management eV (EUCON), hat zwar den Nachteil höherer Kosten, gewährt aber – etwa durch die Zurverfügungstellung einer Mediationsordnung und durch Gewährleistung eines institutionellen Rahmens – ggf. ein höheres Maß an Professionalität, institutioneller Unterstützung und Qualitätskontrolle. Gleichzeitig wird Hilfe bei der Auswahl eines geeigneten Mediators gewährt.

### 3. Institutionen für Mediation auf internationaler Ebene

- 248 Aus internationaler Ebene sind die folgenden für den Patentbereich wichtigen Institutionen zu nennen:<sup>286</sup>

<sup>277</sup> BGBl. 2017 I S. 1994; vgl. dazu kritisch *Eidenmüller/Fries* AnwBl 2017, 23.

<sup>278</sup> <https://www.ihk-muenchen.de/ihk/documents/Mediation/Verfahrensordnung-des-MediationsZentrums.pdf>

<sup>279</sup> <http://www.disarb.org/de/16/regeln/dis-mediation-rules-id31>

<sup>280</sup> <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/mediation/mediation-rules/>

<sup>281</sup> <http://www.wipo.int/amc/de/mediation/rules/index.html>.

<sup>282</sup> <http://www.eucon-institut.de/mediation/mediationsordnung/>

<sup>283</sup> Vgl. zB die EUCON Mediationsklausel [http://www.eucon-institut.de/wp-content/downloads/pdf/EU-CON\\_Mediationsklausel.pdf](http://www.eucon-institut.de/wp-content/downloads/pdf/EU-CON_Mediationsklausel.pdf) sowie die EUCON Mediationsklausel in der Variante mit Schiedsverfahren.

<sup>284</sup> Vgl. näher *Arntz* SchiedsVZ 2014, 237.

<sup>285</sup> Vgl. den Überblick bei *Margellos/Bonne/Humphreys/Stürmann* § 1.03 [C].

<sup>286</sup> Zu weiteren Institutionen auf internationaler Ebene vgl. auch *Margellos/Bonne/Humphreys/Stürmann* § 1.03 [C] (S. 105 ff.).

Die WIPO hat ein **Arbitration and Mediation Center** eingerichtet<sup>287</sup> und entsprechende **WIPO Mediation Rules** eingeführt.<sup>288</sup> 249

Im **Einheitlichen Patentsystem** wird das „**Arbitration and Mediation Center**“ als 250 wesentliche Institution angesehen, die ihre gesetzliche Grundlage in **Art. 35 EPGÜ** findet.<sup>289</sup> Das Zentrum soll seine Sitze in *Laibach* und *Lissabon* haben. Auf Grundlage von Art. 35 Abs. 3 EPGÜ wurde eine **Mediations- und Schiedsordnung** erlassen.<sup>290</sup> Gemäß Regel 11.1 VerfO soll der Judge Rapporteur während des Zwischenverfahrens, insbesondere während der Interim Conference, mit den Parteien die Möglichkeit einer Mediation beraten. Die Befugnisse des Mediators sind beschränkt: Ein Patent kann in Schieds- bzw. Mediationsverfahren nicht widerrufen oder beschränkt werden (Art. 35 Abs. 2 EPGÜ). Jedoch sind Vereinbarungen, die im Rahmen einer Mediation erreicht werden, gemäß Art. 35 Abs. 2 S. 2 EPGÜ iVm Art. 82 EPGÜ vollstreckbar.

## VIII. Vertragliche Grundlagen eines Mediationsverfahrens

### 1. Arbeitsbündnis

Üblicherweise schließen die Parteien des Konflikts sowohl gegenseitig aus auch mit dem 251 Mediator zu Beginn des Verfahrens ein sogenanntes „Arbeitsbündnis“ ab. Festgestellt wird in solchen Vereinbarungen ua die Vertraulichkeit des Verfahrens, die Vergütung, die Neutralität (Allparteilichkeit) des Mediators, ggf. die Zahlungspflicht gegenüber der Institution, Verjährungs- und Haftungsfragen. Zwischen den Medianten und dem Mediator wird ein Dienstvertrag in Form eines Geschäftsbesorgungsvertrags geschlossen. Der Vertrag zwischen den Medianten ist ein Vertrag sui generis. Insbesondere vereinbaren die Parteien miteinander die Durchführung eines Mediationsverfahrens; zumeist wird auch Verschwiegenheit vereinbart.

### 2. Abschlussvereinbarung (Mediationsergebnisvereinbarung)

Am Schluss einer erfolgreichen Mediation steht üblicherweise eine Abschlussvereinbarung. 252 Gem. § 2 Abs. 6 MediationsG wirkt der Mediator im Falle einer Einigung darauf hin, dass die Parteien die Vereinbarung in Kenntnis der Sachlage treffen und ihren Inhalt verstehen. Er hat die Parteien, die ohne rechtliche Beratung an der Mediation teilnehmen, auf die Notwendigkeit hinzuweisen, die Vereinbarung bei Bedarf durch externe Berater überprüfen zu lassen. Im Patentrecht sind die Parteien im Regelfall ohnehin rechtlich beraten, so dass sich ein Hinweis auf die Überprüfbarkeit durch rechtliche Berater in der Regel erübrigt. Bei patentrechtlichen Mediationsverfahren stellt ein solche Abschlussvereinbarung zumeist einen Vergleich iSv § 779 BGB dar.<sup>291</sup>

<sup>287</sup> <http://www.wipo.int/amc/en/center/background.html>; vgl. auch *Margellos/Bonne/Humphreys/Stürmann* § 1.03 [C].

<sup>288</sup> <http://www.wipo.int/amc/en/mediation/rules/>; zum Fallaufkommen, das in den letzten Jahren deutlich gestiegen ist, vgl. <http://www.wipo.int/amc/en/center/caseload.html>. Allerdings wird keine Differenzierung zwischen den unterschiedlichen Formen der Alternative Dispute Resolution vorgenommen.

<sup>289</sup> Vgl. auch den Überblick bei *Margellos/Bonne/Humphreys/Stürmann* – Granata § 1.03 [C] (S. 144 ff.).

<sup>290</sup> [https://www.unified-patent-court.org/sites/default/files/upc\\_mediation\\_rules.pdf](https://www.unified-patent-court.org/sites/default/files/upc_mediation_rules.pdf).

<sup>291</sup> Zur Rechtsnatur der Abschlussvereinbarung vgl. *Haft/Schlieffen Mediation-Hdb/Lörcher/Lörcher* § 30 Rn. 1.

## IX. Ablauf der Mediation: Das Fünf-Phasen-Modell („Harvard Modell“)

253 Üblicherweise wird das Mediationsverfahren<sup>292</sup> in fünf, ggf. in sechs Abschnitte unterteilt<sup>293</sup>:

### 1. Phase 1: Arbeitsbündnis

254 In der ersten Phase der Mediation wird das **Arbeitsbündnis** geschlossen und es wird für eine konstruktive Atmosphäre gesorgt.<sup>294</sup> Es wird geklärt, ob das freiwillige, konsensuale Mediationsverfahren für die Konfliktparteien das richtige Verfahren ist. Es muss eine Einigung darüber erreicht werden, dass parallel laufenden gerichtliche Verfahren zunächst nicht weiterbetrieben und ggf. ruhend gestellt werden.<sup>295</sup> Auch werden die Grundsätze des Mediationsverfahrens (Freiwilligkeit, Allparteilichkeit des Mediators, Offenheit, Vertraulichkeit, Eigenverantwortlichkeit und rechtliche Beratung) festgelegt. Es wird außerdem entschieden, ob in die Mediation weitere Personen als Beteiligte einbezogen werden sollten. In diese Phase gehören auch Fragen nach den Entscheidungskompetenzen der Beteiligten sowie die Bestimmung der in das Mediationsverfahren einzubeziehenden Personen.<sup>296</sup> Sowohl der Mediator als auch die Mediatoren treffen eine Entscheidung darüber, ob die Mediation durchgeführt werden soll und ob der ausgewählte Mediator die richtige Person zur Durchführung der Mediation ist. Auch wird ggf. eine Tagesordnung vorgeschlagen und die Honorarfrage geklärt. Am Ende der ersten Phase steht idR das schriftliche Arbeitsbündnis (Mediationsvereinbarung/Mediationsvertrag).

### 2. Phase 2: Erarbeitung der Themenbereiche

255 Es folgt die **Phase 2**, in der der Konflikstoff ermittelt und die notwendigen Informationen gesammelt werden.<sup>297</sup> Ohne eine hinreichende Erfassung des Sachverhalts ist eine nachhaltige Konfliktbeilegung nicht möglich. Dabei erfolgt eine rückschauende **Darstellung des Konflikts**, seiner einzelnen Themen sowie ggf. der Rechtslage aus der Sicht der Parteien. Der Konfliktstoff wird einzelnen einigungsfähigen Themen zugeordnet. Eine Themenliste wird erstellt und die für den Konflikt relevanten Informationen werden gesammelt.<sup>298</sup> Es wird geklärt, ob die Parteien bereit sind, die einzelnen Themen in der Mediation zu behandeln. Die Themenfindung identifiziert die zu besprechenden Themen, wobei nur solche Themen in Betracht kommen, die „NERV“ sind, die also **neutral** formuliert, **ergebnisoffen**, **regelungsfähig** und **verhandelbar** sind.<sup>299</sup> Da das Mediationsverfahren freiwillig ist, können nur solche Themen behandelt werden, mit deren Besprechung beide Parteien einverstanden sind. Anschließend werden die einzelnen Themen priorisiert. Es wird also die Reihenfolge festgelegt, in der die Themen behandelt werden sollen.

<sup>292</sup> Anders allerdings die Caucus-Mediation, vgl. dazu *Eidenmüller* ZIP 2016, Beilage zu Heft 22, S. 18 ff.

<sup>293</sup> S. zB *Haft/Schlieffen* Mediation-HdB/*Kessen/Troja* § 14 Rn. 1 ff.; *Fisher/Ury/Patton* S. 1 ff.

<sup>294</sup> Zu den Phasen insgesamt v. *Bargen* in *Mediation in Verwaltungssachen*, in: *Quaas/Zuck/Funke-Kaiser* (Hrsg.), *Mediation in Verwaltungssachen*, 3. Aufl. 2018, S. 1049, 1061; *Haft/Schlieffen* Mediation-HdB/*Kessen/Troja* § 30 Rn. 1; *Morawe*, *Mediation und Gesundheit*, S. 11 ff.

<sup>295</sup> Vgl. hierzu OLG Oldenburg BeckRS 2008, 8299.

<sup>296</sup> *Haft/Schlieffen* Mediation-HdB/*Kessen/Troja* § 14 Rn. 11 ff.

<sup>297</sup> v. *Bargen* in *Mediation in Verwaltungssachen*, in: *Quaas/Zuck/Funke-Kaiser* (Hrsg.), *Mediation in Verwaltungssachen*, S. 1049, 1061.

<sup>298</sup> *Haft/Schlieffen* Mediation-HdB/*Kessen/Troja* § 14 Rn. 23 ff.

<sup>299</sup> *Morawe*, *Mediation und Gesundheit*, S. 28.

### 3. Phase 3: Bearbeitung der Konfliktfelder und Herausfinden der Interessen

In dieser Phase erarbeiten die Parteien die zentralen Grundlagen dafür, dass sie ihren Konflikt autonom konsensual beilegen können.<sup>300</sup> Der Weg führt weg von den jeweiligen Positionen, also von dem, was die Parteien erreichen wollen (dem „Willen“ der Parteien).<sup>301</sup> Angestrebt ist das Verständnis der Bedürfnisse („Wohl“), also von dem, was die Konfliktparteien tatsächlich „brauchen“.<sup>302</sup> Erforderlich ist die gegenseitige Anerkennung der Bedürfnisse.<sup>303</sup> Die zuvor festgelegten Themen werden mit dem Ziel eines Perspektivwechsels<sup>304</sup> so erörtert, dass die Bedürfnisse aufgedeckt und der anderen Partei verdeutlicht werden. Es sollten gemeinsame Interessen identifiziert werden und es soll Verständnis für die Position der anderen Partei geweckt werden.<sup>305</sup> Die Aufgabe des Mediators besteht darin, die Beteiligten von ihren Positionen und ggf. festgefahrenen Lösungsvorstellungen wegzubewegen und die dahinter liegenden Interessen ermitteln.<sup>306</sup> Hierzu muss der Mediator – ggf. durch stetiges Nachfragen – die Interessen der Parteien identifizieren und so klar zu Vorschein bringen, dass sie auch für die andere Seite einsichtig sind. Ggf. regt der Mediator an, dass sich die jeweilige Partei in die Situation der Gegenpartei versetzt, um das gegenseitige Verständnis zu fördern und gegenseitige Akzeptanz zu ermöglichen. Dabei bemüht sich der Mediator deutlich zu machen, dass die Berücksichtigung der Interessen eines Medianten die Berücksichtigung der Interessen des anderen Medianten nicht ausschließt.<sup>307</sup> 256

### 4. Phase 4: Problemlösung und Einigung

In Phase 4 werden **Optionen für mögliche Lösungen** besprochen. Die Parteien werden dazu ermutigt, kreative Lösungen vorzuschlagen. Es erfolgt zu diesem Zweck üblicherweise ein *Brainstorming*, in dem möglichst viele Lösungsansätze identifiziert, aber zu diesem Zeitpunkt noch nicht bewertet werden. 257

Anschließend<sup>308</sup> werden die Optionen geprüft und ggf. ausgewählt.<sup>309</sup> Die Optionen werden zu umsetzbaren Lösungen ausgearbeitet, wobei die Interessen aller Beteiligten berücksichtigt werden.<sup>310</sup> Es wird dabei vielfach deutlich, dass das Einbringen zusätzlicher Handlungsoptionen die Auswahl der Optionen vergrößert und dazu führen kann, allseits interessengerechte Lösungen zu identifizieren (win-win-Ergebnisse).<sup>311</sup> 258

### 5. Phase 5: Abschlussvereinbarung und rechtliche Gestaltung

Am Ende einer erfolgreichen Mediation werden die unterschiedlichen Lösungsansätze in ein einheitliches Lösungskonzept umgesetzt. Es wird erörtert, ob die in Phase 4 identifizierten Optionen Grundlage einer gemeinsamen Lösung bilden können. Hierbei erfolgt ein 259

<sup>300</sup> v. Barga in Mediation in Verwaltungssachen, in: Quaas/Zuck/Funke-Kaiser (Hrsg.), Mediation in Verwaltungssachen, S. 1049, 1061.

<sup>301</sup> Moraue, Mediation und Gesundheit, S. 30; grundlegend Fisher/Ury/Patton S. 76 ff.

<sup>302</sup> Moraue, Mediation und Gesundheit, S. 32.

<sup>303</sup> Moraue, Mediation und Gesundheit, S. 30; grundlegend Fisher/Ury/Patton S. 76 ff.

<sup>304</sup> v. Barga in Mediation in Verwaltungssachen, in: Quaas/Zuck/Funke-Kaiser (Hrsg.), Mediation in Verwaltungssachen, S. 1049, 1061.

<sup>305</sup> v. Barga in Mediation in Verwaltungssachen, in: Quaas/Zuck/Funke-Kaiser (Hrsg.), Mediation in Verwaltungssachen, S. 1049, 1061.

<sup>306</sup> Haft/Schlieffen Mediation-HdB/Kessen/Troja § 14 Rn. 25.

<sup>307</sup> Haft/Schlieffen Mediation-HdB/Kessen/Troja § 14 Rn. 25.

<sup>308</sup> Vielfach wird die im folgenden beschriebene Phase auch als eigenständige Phase 5 angesehen, vgl. Haft/Schlieffen Mediation-HdB/Kessen/Troja § 14 Rn. 65 ff.

<sup>309</sup> v. Barga in Mediation in Verwaltungssachen, in: Quaas/Zuck/Funke-Kaiser (Hrsg.), Mediation in Verwaltungssachen, S. 1049, 1061.

<sup>310</sup> Haft/Schlieffen Mediation-HdB/Kessen/Troja § 14 Rn. 65.

<sup>311</sup> Haft/Schlieffen Mediation-HdB/Kessen/Troja § 14 Rn. 72.

**Ausverhandeln und Umsetzen der Lösung in rechtsverbindlicher Form.** Ggf. bedarf die erarbeitete Lösung noch einer juristischen Endkontrolle, bevor sie in die Praxis umgesetzt werden kann. Zu prüfen ist weiter, ob die Stellen, die in die Lösung einbezogen werden müssen, etwa der Vertrieb oder die Forschungs- und Entwicklungsabteilung, bereit sind, die Lösung umzusetzen.<sup>312</sup>

## F. Zwangslizenzen

### Schrifttum:

*Beier*, Ausschließlichkeit, gesetzliche Lizenzen und Zwangslizenzen im Patent- und Musterrecht, GRUR 1998, 185; *Bodewig*; Einige Überlegungen zur Erschöpfung bei Zwangslizenzen an standardessentiellen Patenten, GRUR Int. 2015, 626; *Buhrow/Nordemann*: Grenzen ausschließlicher Rechte geistigen Eigentums durch Kartellrecht, GRUR Int. 2005, 407; *Haedicke/Popp*, Patente auf Ergebnisse von Pflanzenzüchtung: Gar nicht so anders und auch sinnvoll!, Mitt. 2018, 1; *Holzapfel*, Das öffentliche Interesse bei Zwangslizenzen gem. § 24 Abs. 2 PatG, Mitt. 2004, 391; *Leitzen/Kleinevoss*, Renaissance der patentrechtlichen Zwangslizenz? – Die Neuregelung des § 24 Abs. 2 PatG, Mitt. 2005, 198; *Nieder*, Zwangslizenzklage – Neues Verteidigungsmittel im Patentverletzungsprozeß?, Mitt. 2001, 400; *Pfanner*, Die Zwangslizenzierung von Patenten: Überblick und neuere Entwicklungen, GRUR Int. 1985, 537; *Scheffler*, Die (ungenutzten) Möglichkeiten des Rechtsinstituts der Zwangslizenz, GRUR 2003, 97; *Schieble*, Abhängige Genpatente und das Institut der Zwangslizenz, 2005; *Slowinski*; Declaration on Patent Protection: Regulatory Sovereignty under TRIPS – Bericht zum Workshop in Berlin am 11. und 12.7.2017, GRUR Int. 2018, 30; *Stierle*, Anmerkung zu BPatG GRUR 2017, 373 – Isentress, GRUR 2017, 383; *Viniol*, Zwangslizenzen an Patenten, 2013; *Vonwerk*, Probleme der Zwangslizenzregelung, GRUR 1976, 64.

## I. Grundlagen und Bedeutung

### 1. Entstehungsgeschichte

**260** § 24 PatG basiert auf den Vorschriften zum Ausführungszwang unter Androhung der Zurücknahme des Patents, wie sie in § 11 PatG 1877<sup>313</sup> und § 11 PatG 1891<sup>314</sup> normiert waren. Erstmals wurde die Erteilung von Zwangslizenzen, gemeinsam mit der Einschränkung der Zurücknahme von Patenten, durch eine Neufassung der Vorschrift durch Gesetz vom 6.6.1911 zugelassen.<sup>315</sup> Weitere Neufassungen der Norm erfolgten in den Jahren 1936<sup>316</sup>, 1949<sup>317</sup> und 1961.<sup>318</sup> Eine Neufassung als § 24 PatG erfolgte 1980.<sup>319</sup>

Um die Vorschrift an die Vorgaben von Art. 27 Abs. 1 und Art. 31 TRIPS anzupassen, wurde sie durch Art. 2 Nr. 5 PatGÄndG 1998 vollständig neugefasst.<sup>320</sup> Hierbei wurden die allgemeinen Voraussetzungen für die Erteilung einer Zwangslizenz in § 24 Abs. 1 PatG festgelegt und bestimmte Ausnahmefälle geregelt. Die Möglichkeit der Zurücknahme des Patents bei hauptsächlichlicher oder ausschließlicher Ausführung der Erfindung im Ausland fand sich in der Neufassung nicht mehr. Weitere Änderungen wurden im Hinblick auf die Voraussetzungen einer Zwangslizenz bei abhängigen Erfindungen oder Züchtungen durch das Gesetz zur Umsetzung der RL 98/44/EG über den rechtlichen Schutz biotechnologischer Erfindungen im Jahr 2005<sup>321</sup> vorgenommen.

<sup>312</sup> Näher *Groß* Rn. 149.

<sup>313</sup> R.GBl. 1877, 501.

<sup>314</sup> R.GBl. 1891, 79.

<sup>315</sup> R.GBl. 1911, 243.

<sup>316</sup> R.GBl. 1936 II, S. 117.

<sup>317</sup> WiGBl. S. 175.

<sup>318</sup> BGBl. 1961, S. 274.

<sup>319</sup> BGBl. 1981 I, S. 1.

<sup>320</sup> BGBl. 1998 I, S. 1827.

<sup>321</sup> BGBl. 2005 I, S. 146.