

MEDIATION (un)gerecht

Die Konsolidierung von Mediation, Psychologie und Recht. Der universelle Praxis- und Lehrbuchkommentar zur alternativen Konfliktbeilegung.

Arthur Trossen (Hrsg.)
Bernd Bohnet
Frank Diedrich
Susanne Gehling
Werner Schieferstein
Christoph L. Rummel
Roland Breinlinger
Thomas Lapp
Peter A. Doetsch
Anne-Barbara Kern

© Win-Management GmbH
1. Auflage
Erscheinungsjahr: 2014
ISBN 9 783981 385434

Das Ganze ist mehr als die Summe seiner Teile.

Mediation (un)gerecht ist mehr als ein Lehrbuch und ein Kommentar. Es ist das „Must have“ zur einvernehmlichen Konfliktbeilegung, der Status Quo zum Mediationsrecht. Sie finden *alle* rechtlichen Inhalte systematisch zusammengestellt. Zur Ausbildung, zur Reflexion und zur praktischen Anwendung als Leitbild empfohlen!

**Regeln lenken den weisen Mann
nur, wenn er sie verstehen kann.**

Abgewandeltes Oscar Wilde (1854 - 1900) Zitat

© Win-Management GmbH
Geschäftsführung Monika Trossen
Im Mühlberg 39
D-57610 Altenkirchen

Tel.: +49 (0)2681 986257
Fax.: +49 (0)2681 986275
info@win-management.de

www.win-management.de

Win-Management ist Verlag, Akademie und Dienstleister
rund um die Mediation sowie Kooperationspartner bei ver-
schiedenen Ausbildungsträgern zur Mediation.

Urheberrecht: Win-Management GmbH
Nachdruck: Nur mit schriftlicher Genehmigung
Zitierhinweis: *Trossen* (Hrsg.), *Mediation (un)geregelt*,
Rdnr. Xy
Stand: 31.5.2014 (Redaktionsschluss)
Auflage: 1. Auflage 1.000
ISBN: 9 783981 385434

Die Highlights:

Systematische Erschließung der Mediation + Herleitung des Media-
tionsrechts + Darstellung der Rechtsquellen für ein Prozessrecht +
Aufbereitung der Methodik und Funktionsweisen + Mediationsfeh-
lerverzeichnis + Praktische Tipps + Hintergründe und Funktions-
weisen + Visionen + Begriffsklärungen + ADR Verfahren + Stärkung
durch Aufdeckung von Schwächen + Ausbildungsg geeignet + Stu-
diendauer ca. 130 Ausbildungsstunden

Vorwort des Herausgebers

Das Mediationsgesetz stellt nur wenige Regeln auf. Es hinterlässt den Eindruck, als ginge es hauptsächlich darum, die Mediation im Bewusstsein der Bevölkerung zu implementieren. **Wenige Regeln sind auch Regeln.** Sie können empfindliche Konsequenzen haben, wenn sich daran Rechtsfolgen knüpfen. Sie können in die Irre leiten, wenn sie nicht verstanden werden. Nicht nur die Mediatoren sollten sich deshalb über die rechtlichen Bedingungen, ihre Tragweite und Konsequenzen für die Mediation bewusst sein.

Die juristische Sicht auf die Mediation deckt die Vielfalt der Regelungen auf, die mit dem Mediationsgesetz (MediationsG) in Einklang zu bringen sind. Sie sind zur ergänzenden Beschreibung der Mediation heranzuziehen und ergeben zugleich deren Rechtsfolgen. In Anbetracht ihrer Komplexität und dem Umstand, dass außer dem MediationsG andere Vorschriften zum Tragen kommen, liegt es durchaus nahe, von einem **Mediationsrecht** zu sprechen. Die Aufgabe des Mediationsrechtes besteht darin, die Anwendung mehrerer Gesetze und Reglementierungen systematisch in einem Recht, die Mediation betreffend, zusammenzuführen.

Das MediationsG wird als ein wichtiger Schritt, ja sogar als ein Meilenstein angesehen¹.

¹ Trossen (Meilenstein), S. 32; siehe auch Trossen (Mediation Act)

Zweifellos stellt das Gesetz erste Weichen. Ob es die richtigen sind, muss sich erst noch erweisen. Nicht immer geht es dabei nur um die Mediation. Viele haben ein Interesse daran, dass die Mediation als eine Dienstleistung nachgefragt wird. Andere haben ein Interesse daran, dass dies nicht geschieht. Ungeachtet dessen ist die Mediation nicht mehr aufzuhalten. Sie ist auf dem Weg. Was sich ändern kann und wird ist ihre Erscheinungsform. Was sich zeigen muss ist die Richtung. Schon jetzt kann eine zweite Generation von Mediatoren ausgemacht werden. Mit ihr kommt ein anderes Verständnis von Mediation auf, als es die Pioniere im Sinn hatten.

Mit dem gesteigerten Aufkommen der Mediation werden auch die Probleme zunehmen. Nicht nur die Mediatoren sollten deshalb zuverlässig wissen welches Verhalten in der Mediation zielführend ist und welches nicht. Die dazu erforderliche Auseinandersetzung mit dem Gesetz ist zwangsläufig eine juristische. Sie mag auf den Praktiker eher abstrakt und theoretisch wirken. Auf den Nicht-Juristen wirkt diese „andere Welt“ möglicherweise sogar unverständlich, beängstigend und abschreckend. Dessen ungeachtet ist die juristische Auseinandersetzung mit dem Erlass des MediationsG, den geänderten Verfahrensgesetzen und der Verordnung über die Aus- und Fortbildung von zertifizierten Mediatoren², auch für diese Anwender unumgänglich geworden. Sie mag statt ei-

² Die ZMediatAusbV schreibt eine juristische Ausbildung von 18 Stunden vor. Allein das Studium dieser mehr als 900 Seiten umfassenden Lektüre über das Recht der Mediation und das Recht in der Mediation verbraucht bereits mehr als 120 Ausbildungszeitstunden.

ner Bedrohung als ein Werkzeug verstanden werden, das dem Mediator durchaus zur Seite steht und ihm hilft, seine Arbeit zu verrichten.

Die Verankerung in der Praxis und die Arbeit am Lehrbuchkommentar haben gezeigt, wie viele Fragen in dem Gesetz offen geblieben sind und sogar aufgeworfen wurden. Auch deshalb verträgt das vorliegende Buch den Titel *Mediation (un)geregelt*. Es hat Inkonsistenzen aufgedeckt, die durch eine uneinheitliche Terminologie verschleiert werden. Deutlich wurde auch, wie schwierig es ist ein informelles, selbstregulierendes, flexibles und anpassungsfähiges Verfahren zu regeln, ohne dabei die Fähigkeiten der Mediation zu konterkarieren oder die Mediation gar zu verraten. Es passt sehr gut zur Mediation, wenn sie *ungeregelt* sein darf. Der Titel des Buches möchte darauf hinweisen. Er mag als ein Appell zur Zurückhaltung verstanden sein und keinesfalls als die Kritik, es sei zu wenig geregelt worden.

Ob mit oder ohne MediationsG; Berührungspunkte zum Recht gibt es in vielschichtiger Weise. Unsere systematische Aufbereitung und damit einher gehende Empfehlungen sollen dazu beitragen, das Gesetz handwerklich im Sinne der Mediation umzusetzen. ***Mediation (un)geregelt ist mit dieser Anforderung ein grundlegendes Werk.*** Es bietet nicht nur den Mediatoren und Dozenten eine Hilfestellung, sondern auch denen, die eine Mediation zu implementieren oder zu beurteilen haben. Es soll dazu beitragen, die Mediation korrekt einzuschätzen. Neben einer systematischen Unterteilung wird deshalb die Herleitung ihrer Rechtsquellen, die Präzision

der Prozessrechtsverhältnisse, die Festlegung von Regeln der Kunst, die Zusammenstellung der Werkzeuge, sowie die Auflistung und Abstimmung der Fachtermini in Angriff genommen. Weiterhin wird aufgezeigt, wie anschmiegsam sich das Recht an ein psychologisch geprägtes Verfahren anpassen lässt und welches Recht in der Lage ist, ein derartiges Verfahren überhaupt zu regulieren.

Mediation (un)geregelt ermöglicht nicht nur mit der Einführung des Erfüllungsprinzips, sondern auch mit der Bestimmung der Geeignetheit in Abgrenzung zur Zulässigkeit und der persönlichen Eignung des Mediators, der Unterscheidung zwischen Charaktermerkmalen und Prinzipien, der Differenzierung zwischen Mediations- und Verhandlungsgegenständen sowie zwischen Vertrags- und Prozessrechtsverhältnissen und nicht zuletzt mit den auf das Wesen der Verfahren statt auf Tätigkeiten abstellenden Verfahrensabgrenzungen auch zur Güterichterbehandlung und terminologischen Korrekturen, einen konsistenten, systembruchfreien Umgang mit Rechtsfragen rund um die Mediation.

Gerne tragen die Autoren dazu bei, dass der Weg, den das Gesetz aufzeigt, ein verlässlicher ist. Er soll es sowohl den Mediatoren wie auch den Medianden ermöglichen, die Mediation als das in Anspruch zu nehmen was sie tatsächlich ist: **Vermittlung von Verstehen.**



Arthur Trossen (Altenkirchen, den 31.8.2014)

Übersicht Teil I-VI

Grundsätzliches	27
Das Mediationsgesetz	457
Die Aus- und Fortbildungsverordnung	675
Die Anpassung der Verfahrensgesetze	703
Die internationale Mediation	840
Die anderen ADR Verfahren	860
Anhang	876

Inhaltsverzeichnis

Vorwort des Herausgebers	3
Inhaltsverzeichnis	7
Einführung	21
Grundsätzliches	27
Historie	28
Mediation	36
Die Mediationstheorie	41
Der gedankliche Ansatz	41
Die immanente Logik.....	43
Die Mediationsmethodik	48
Der Mediationsgegenstand.....	51
Problem und Konflikt	52
Interesse und Bedürfnis	55
Die Grundsätze der Mediation	58

Das Wesen der Mediation.....	60
Die Mediationswerkzeuge	65
Verfahren, Methoden und Techniken.....	65
Die Methode der Mediation	68
Mediative Techniken	69
Der Werkzeugkoffer des Mediators	70
Verortung und Arten	73
Mediationsradius.....	73
Formelle Mediation.....	74
Materielle Mediation.....	75
Sonstige Implementationen.....	75
Mediationsmodell.....	77
Triadische Verfahren.....	77
Verfahrensabgrenzung.....	77
Abgrenzung Schlichtung / Mediation	79
Verfahrenswechsel.....	81
Kommunikationsmodelle.....	83
Verfahrensschwerpunkte	86
Die facilitative Mediation	91
Die evaluative Mediation.....	91
Die transformative Mediation	98
Der Abgrenzungsbedarf.....	99
Die integrierte Mediation	104
Die sondierende Mediation	109
Die Wahl des passenden Mediationsmodells	111
Mediationsform.....	114
Unterscheidung nach dem Formalisierungsgrad.....	114
Reine Mediation.....	114
Gesetzliche Mediation.....	115
Forensische Mediation	115
Unterscheidung nach dem Mediatorenaufkommen	116
Einzelmediation.....	116
Co-Mediation	117
Team-Mediation	118
Peer-Mediation	118

Unterscheidung nach dem Verfahrensbezug	119
Gerichtsmediation	119
Verfahrensintegrierte Mediation	119
Außergerichtliche Mediation	120
Anwaltsmediation	120
Täter-Opfer-Ausgleich	120
Restorative Justice	121
Kooperative Praxis (kooperative Anwaltverfahren) ..	122
Vertragsmediation	126
Faktische Mediation	126
Unterscheidung nach dem Zugang	127
Donatormediation	127
Mandatory Mediation (Obligatorische Mediation)	127
Ad-Hoc Mediation	128
Institutionalisierte Mediation	128
Unterscheidung nach der Durchführung	129
Shuttle Mediation (Pendelmediation)	129
Telefonische Shuttle-Mediation	130
Telefonmediation	132
Online Mediation	134
Mobile Mediation	134
Unterscheidung nach der Vorgehensweise	135
Kurzmediation	135
Narrative Mediation	135
Perspektiven-Reflexive Mediation	136
Scrivener-Mediation	137
Mediationsfelder (Fachmediationen)	137
Mediationsstile	142
Aktiver Mediator	143
Direktiver Mediator	144
Ergebnisorientierter Mediator	144
Muscle Mediator	145
Führender Mediator	146
Stoischer Mediator	146
Rechtsnatur und Legitimation	147
Die spezifischen Ausgangsbedingungen	147
Die fehlende Verfahrensordnung	148

Mediation ist anders	149
Das Mediationsdilemma.....	154
Das Mediationsrecht.....	156
Die Rechtsquellen der Mediation	157
Die EU-Richtlinie	158
Die Verfassung.....	158
Das Mediationsgesetz.....	159
Die Rechtsverordnung.....	163
Die Standards.....	163
Die Mediationsordnung.....	166
Vereinbarungen in der Mediation.....	168
Die Parteikonstellationen	169
Die rechtliche Relevanz der Absprachen	170
Die Rechtsnatur der Mediation	175
Der privatrechtliche Ansatz.....	175
Die notwendige Differenzierung	180
Die Logik der Einigungen	184
Mediationsvertrag (MV)	185
Mediationsdurchführungsvereinbarung (MDV)	186
Mediationsabreden (MA)	187
Mediationsabschlussvereinbarung (MAV)	188
Die Notwendigkeit zur Koordination	189
Der Mediationsvertrag.....	191
Die Rechtsgrundlagen	192
Vertragsrecht.....	192
Systematik.....	203
Abgrenzungen	205
Der Vertragsabschluss	253
Die Vertragsparteien	254
Das Zustandekommen des Vertrages.....	258
Der Beginn der Mediation	263
Die Formvorschriften	266
Der Vertragsinhalt	267
Die Dienstverpflichtung.....	267
Die Vergütung.....	270

Die Vertragsgestaltung.....	285
Die Vertragsbeendigung.....	286
Teilkündigung.....	287
Kündigung des Mediators.....	289
Ende der Mediation.....	289
Nachwirkende Pflichten.....	291
Schriftform der Kündigung.....	292
Vergütung bei Kündigung.....	292
Anwendung von Zwang und Druck	293
Juristischer Zwang.....	295
Mediationsrechtliche Grenzen	304
Mediationsklauseln	308
Fortsetzungsklauseln	315
Die Mediationsdurchführungsvereinbarung.....	316
Der Vereinbarungsabschluss.....	316
Die Prozessbeteiligten.....	316
Parteien des MDV.....	317
Der Mediator	317
Die Mediatoren.....	318
Die Interessenbetroffenen	321
Dritte und sonstige einzubeziehenden Personen	323
Das Zustandekommen.....	324
Die Formvorschriften	325
Der Vereinbarungsinhalt.....	326
Die Vertragsgestaltung.....	326
Der Vertragszeitpunkt.....	328
Die Mediationsabreden	328
Einigungen in sonstigen Rechtsbeziehungen.....	329
Mediatoren	329
Co-Mediation	330
Team-Mediation.....	331
Donator	331
Mediator als Angestellter	333
Zeugen	333
Zuschauer und Hospitanten.....	335

Rechtsanwälte	335
Die Mediationsabschlussvereinbarung	338
Rechtsgestaltung	340
Recht als Maßstab	341
Einbeziehung Dritter	344
Vollstreckbarkeit	344
Unzulänglichkeiten	348
Die Rechtsfolgen der Mediation	349
Rechtswidrige Vereinbarungen	350
Rechtswidriges Handeln	353
Die Regeln der Kunst	355
Beispiele für mögliche Mediationsfehler	359
Die Frage der Haftung	379
Die Anspruchsberechtigung	383
Prüfungsschema bei Haftung	383
Die Frage der Versicherung	384
Die Frage der Verjährung	385
Die Frage der Umgehung	387
Das Ziel des Gesetzes	388
Die Institutionalisierung	392
Die Professionalisierung	394
Der Beruf	395
Das Berufsrecht	401
Die Berufsbezeichnung	402
Das Berufsbild	404
Die Berufsausübung	406
Die Berufsaufsicht	406
Die Berufsverbände	407
Das Wettbewerbsrecht	408
Der Markt	411
Der Mediationsmarkt	413
Die Ausgangslage	418
Die Nachfrage	419

Der Bedarf	421
Das Angebot.....	427
Der Ausbildungsmarkt.....	433
Die Marktentwicklung.....	434
Der Wettbewerb.....	436
Die Stärkung	443
Rahmenbedingungen	445
Markteinfluss	446
Der Meilenstein	455
Das Mediationsgesetz.....	457
§ 1 Begriffsbestimmungen	457
Fachtermini.....	458
Legaldefinitionen.....	465
Die Mediation	466
Das Verfahren	466
Die Vertraulichkeit	467
Die Strukturiertheit.....	469
Die „Hilfe“ des Mediators.....	471
Die Freiwilligkeit.....	472
Eigenverantwortlichkeit.....	476
Einvernehmliche Beilegung	478
Anstreben	480
Konflikt.....	480
Der Mediator.....	484
Die Unabhängigkeit.....	485
Die Neutralität.....	487
Die Indetermination.....	489
Die Führung des Mediators.....	491
Der (Berufs-) Mediator	499
Die Definitionsmerkmale	500
Die (Kern-)Kompetenz.....	500
Die Qualität der Einigung.....	500
Das Win-Win-Ergebnis	503
Die Kooperation.....	507
Das Konsensprinzip	508

Die Informiertheit.....	508
Die Offenheit	509
Die Ergebnisoffenheit	510
Die Dispositionsmaxime	511
Die Transparenz.....	513
Werte- und Meinungsfreiheit.....	514
Die Autonomie der Parteien.....	514
Die Stellung des Mediators	515
Die Anwendbarkeit.....	516
Definitionsmerkmale als Voraussetzung.....	516
Eigenschaften und Prinzipien der Mediation	518
Der Rechtsbindungswille.....	521
Die Anwendungsvoraussetzungen	522
Die Geeignetheit.....	523
Die Konfliktanalyse	525
Der Suchauftrag.....	527
Die Zulässigkeitsvoraussetzungen.....	527
Verfahrensmängel	529
Die subjektive Eignung	529
Die permanente Überprüfungspflicht	530
§ 2 Verfahren; Aufgaben des Mediators	530
Das Verfahrensverständnis.....	534
Die Gesprächsregeln	535
Die Prüfungspflicht.....	536
Die Informations- und Offenbarungspflichten	541
Die Gleichbehandlung	544
Die Kommunikationsförderung	545
Die Angemessenheit und die Fairness	546
Die Einbindung (in die Mediation)	547
Einzelgespräche	548
Dritte.....	556
Beistände und Berater	556
Partei- oder Prozessvertreter.....	558

Gutachter, Experten.....	559
Zeugen und Sachverständige.....	559
Hospitanten.....	560
Zuschauer.....	560
TV / Öffentlichkeit.....	560
Zustimmung der Parteien	562
Die Beendigung des Verfahrens	563
Das rechtliche Gehör	566
Die Kenntnis der Sachlage	567
Der Beratungshinweis.....	569
Die Dokumentation.....	571
Die Protokolle.....	575
Die Handakten	577
Aktenführung	577
Einsichtsrecht	582
Herausgabe.....	582
§ 3 Pflichten und Beschränkungen.....	583
Die Befangenheit.....	584
Die Vorbefassung.....	587
Die Nachbefassung.....	588
Das Tätigkeitsverbot	588
Tätigkeit.....	589
Für eine Partei	594
Dieselbe Sache	595
Abgrenzung.....	603
Strafbare Handlungen	608
Das Qualifikationsbekenntnis	611
Anwendungsbereich	612
Das Verlangen	612
Die Offenbarungsverpflichteten.....	613
Der Offenbarungszweck	614
Der Offenbarungsinhalt	615
§ 4 Verschwiegenheitspflicht.....	616

Die Verschwiegenheit.....	618
Schweigepflichtige Personen	618
Kollidierendes Recht.....	622
Umfang der Schweigepflicht.....	625
Umfang der gesetzlichen Schweigepflicht.....	626
Fragen zur Vollstreckung	626
Die Verschwiegenheit im Innenverhältnis	627
Vorrangige Gründe der öffentlichen Ordnung.....	628
Strafrechtliche Grenzen	632
Umfang der vertraglichen Schweigepflicht	637
Ende der Schweigepflicht	638
Informations- und Belehrungspflicht.....	639
Geltendmachung der Verschwiegenheit	640
Anzeigepflicht	641
Anpassung der Verschwiegenheitspflichten	643
§ 5 Aus- und Fortbildung des Mediators	644
Wettbewerbskontrolle.....	646
Kernkompetenz.....	647
Qualitätssicherung.....	649
Überwachung	654
Der zertifizierte Mediator	656
§ 6 Verordnungsermächtigung	659
Zertifizierungsverfahren	660
§ 7 Wissenschaftliche Forschungsvorhaben.....	664
Mediationskostenerstattung	666
Mediationskosten in der VKH	668
Rechtsschutzversicherung	671
Beratungshilfe.....	672
§ 8 Evaluierung	672
§ 9 Übergangsbestimmung	674
Die Aus- und Fortbildungsverordnung	675
Der Bearbeitungsstand	675

Die Stellungnahmen der Verbände	676
Die Ziele der ZMediatAusbV	680
§ 1 Anwendungsbereich.....	681
§ 2 Grundqualifikationen	681
§ 3 Ausbildung.....	684
Das Ausbildungsziel.....	684
Die Ausbildungsinhalte	685
Die Gewichtung.....	689
Die Ausbildungsdauer	690
Die Zeitvorgaben.....	691
Die Didaktik.....	692
§ 4 Fortbildung.....	692
§ 5 Praktische Erfahrung.....	694
§ 6 Bescheinigung	697
§ 7 Anforderungen	698
§ 9 Übergangsbestimmungen.....	701
§ 10 Inkrafttreten.....	702
Die Anpassung der Verfahrensgesetze.....	703
Die Modelle der Gerichtsmediation	703
Gerichtsnahe Mediation.....	703
Gerichtsinterne Mediation.....	704
Güterichter - Mediation	708
Gerichtsintegrierte Mediation	713
Das Rechtssystem	714
Zur Verfassungslage	715
Zustandekommen.....	722
Das Streitsystem	726
Eskalationsspirale	727
Notwendigkeit eines isolierten Verfahrens	730
Notwendigkeit der Navigation.....	730
Multi Door Courthouse	732
Mediationsbeauftragte.....	733

Die Streitkultur	733
Mediation als Konzept	736
Artikel 2 Änderung der Zivilprozessordnung....	736
Gericht und Mediation	740
Konfliktstrategie.....	740
Die (außer-) gerichtliche Konfliktbeilegung	741
Die Klageschrift	743
Strategie.....	743
Inhalt	747
Pflicht	759
Konsequenzen	761
Die Güterverhandlung.....	766
Die Güterverhandlung (§ 278 Abs. 2).....	767
Die Güterichterverhandlung (§ 278 Abs. 5)	768
Verhältnis zum Gerichtsverfahren	769
Der Güterichter	774
Legaldefinition	775
Der Rechtsstatus des Güterichters.....	775
Parteien und Teilnehmer.....	787
Die Verweisung.....	788
Rechtswirkung.....	788
Verfahren.....	789
Zeitpunkt	792
Rechtsmittel	796
Auswahl des Güterichters	796
Der gesetzliche (Güte-)Richter	797
Die Methode der Mediation	799
Das Etikett.....	802
Prinzipien der Güterichtermediation.....	804
(Keine) Beschränkung auf den Güterichter.....	811
Beendigung des Verfahrens	812
Protokollierung des Vergleichs.....	812
Mediation oder andere ADR-Verfahren.....	814
Ruhen des Verfahrens	814
Wiederaufnahme des Gerichtsverfahrens	818

Artikel 3 Änderung des FamFG	819
Das kostenlose Infogespräch	824
Rechtsnatur des Infogesprächs	825
Der Informant	825
Die Sanktionen.....	826
Der Gegenstand	826
Die Praxis	827
Artikel 4 Änderung des ArbGG	831
Artikel 5 Änderung des SGG.....	833
Artikel 6 Änderung der VwGO	833
Artikel 7 Änderung des GKG	834
Artikel 8 Änderung der FGO	838
Artikel 9 Inkrafttreten.....	839
Die internationale Mediation	840
Das Internationale Recht.....	841
Definition einer Internationalen Mediation	842
Kollisionsrecht (Internationales Privatrecht) ..	843
Praktische Relevanz	845
Mediationsbefugnis	856
Cross Border Mediation.....	858
Internationale Mediatorennetzwerke	858
Die anderen ADR Verfahren.....	860
Definition.....	861
Wirkungsgrad.....	864
ADR Verfahren und ihre Rechtsquellen.....	864
Schiedsgerichtsverfahren	864
Schlichtung	866
Rechtsgrundlagen	866
Vorkommen	867
Gütestellen.....	868
Ombudsmann	869

Definition Ombudsmann.....	869
Abgrenzung.....	871
Schlusswort des Herausgebers	873
Anhang	876
Ergänzende Hinweise und Kommentierungen..	876
Systematische Mediationsübersicht.....	876
Rechtsquellenverzeichnis.....	878
Mediationsgesetz	880
Code of Conduct	896
Glossar	899
Tipps zur Vertragsgestaltung	902
Mediationsfehler	903
Gelegenheiten zur Stärkung der Mediation.....	910
Literaturverzeichnis	913
Abkürzungen	929
Index.....	932
Autoren und Beiträge	932
Arthur Trossen.....	953
Bernd Bohnet.....	954
Prof. Dr. Frank Diedrich	954
Dr. Peter A. Doetsch	955
Susanne Gehling.....	956
Werner Schieferstein.....	956
Christoph Rummel.....	957
Roland Breinlinger	957
Dr. Thomas Lapp	958
Dr. Anne- Barbara Kern.....	958
Compendium Mediationis.....	959

Einführung

Juristen benutzen sogenannte *Kommentare*, um Auslegungshilfen bei der Gesetzesanwendung zu finden. In der Mediation, wo wir es mit einer *nicht* ausschließlich juristisch geprägten Zielgruppe zu tun haben, und wo es darüber hinaus um die Regulierung eines psychologisch geprägten Verhaltens geht, werden andere Arbeitshilfen benötigt, um einerseits die Mediation darzustellen, und um sich andererseits mit den interagierenden Einflüssen des Rechts auseinanderzusetzen. **Die Mediation beeinflusst das Recht. Aber das Recht beeinflusst auch die Mediation.** Was diese Interaktion sowohl für die Praxis als auch für die Dogmatik bedeutet, und wie sie sich in die Arbeit des Mediators und angrenzender Berufe einbeziehen lässt, beschreibt ein systemischer Prozess, der nicht nur ein Umdenken erfordert, sondern auch ein anderes Denken nach sich zieht [175]. Die Mediation betrifft das andere Denken und Handeln. So gesehen ist sie auch viel mehr als nur eine Dienstleistung. Die Dienstleistung ist lediglich eines ihrer Gewänder. Die Mediation hat verschiedene Berührungspunkte mit dem Recht. Sie lassen sich in das Berufsrecht [556], das Verfahrensrecht [407] und das Anwendungsrecht [458] einteilen. Richtig verstanden entwickelt sich aus dem Spannungsverhältnis von Recht und Mediation ein homogenes Konzept, in dem das noch zu entwickelnde **Mediationsrecht** zu einem Handwerkszeug geriert, das nicht nur dem Mediator hilfreich zur Seite steht.

Dieser aus der Praxis entwickelte und wie ein Lehrbuch konzipierte Kommentar wendet sich in erster Linie an Mediatoren, aber auch an Personen, welche über Mediation beraten oder sie beurteilen und bewerten müssen, mithin an Gutachter, Rechtsanwälte, Berater, Interessenvertreter, Therapeuten, Psychologen und Supervisoren, auch an Richter, die über Fragen der Anwendung des Gesetzes und der korrekten Ausführung von Mediationen zu entscheiden haben, und an alle, die das Recht der Mediation im Blick haben müssen. Damit sind natürlich auch die Politiker angesprochen. Sie haben es sich zur Aufgabe gemacht, die weitere Evaluierung der Mediation zu verfolgen, um das Mediationsgesetz gegebenenfalls anzupassen. *Mediation (un)geregelt* ermöglicht einen systemischen Ansatz, der auch dazu beiträgt, stimmige Evaluationskriterien zu erarbeiten. Hier wird nicht nur das Recht an und für sich, sondern vielmehr auch seine Relation zur Mediation, zur Wirtschaft und zur Politik untersucht. Weil sich die Mediation in allen denkbaren Lebens- und Arbeitsbereichen etabliert, haben die Autoren sowohl hinsichtlich des Aufbaus als auch der Formulierungen darauf geachtet, dass die juristischen Fragestellungen und die in das Recht zu übersetzende Systematik der Mediation auch für Nichtjuristen und im Idealfall sogar für Laien verständlich sind.

Sie werden konkrete Hinweise und Empfehlungen für die Praxis finden. Das Gesetz lässt Fragen offen. Indirekt legt es privatvertragliche Ergänzungen im Mediationsvertrag

nahe, deren Beachtung dringend zu empfehlen ist³. Um die Aufmerksamkeit des Lesers auf markante Hinweise zu lenken, wurden praktische Hinweise für die Vertragsgestaltung wie folgt markiert:

📄 Tipp zur Vertragsgestaltung

Am Ende dieses Praxis- und Lehrbuchkommentars finden Sie eine Zusammenstellung aller Empfehlungen. Das gleiche gilt für mögliche Verfahrensfehler. Die Hinweise auf Mediationsfehler mögen dazu beitragen, die Aufmerksamkeit des Mediators für ein adäquates Denken und Handeln zu schärfen. Mögliche Fehlerquellen werden wie folgt ausgewiesen:

✂ Kennzeichnung der Mediationsfehler

Weil der Umgang mit dem Recht als ein Instrument der Macht und der politischen Steuerung auch das Spannungsverhältnis der Mediation zur Politik und Wirtschaft beschreibt, wurden die Bedarfe und die darauf bezogenen Möglichkeiten zur Stärkung der Mediation ebenfalls im Text exponiert und wie folgt markiert:

✂ Maßnahme zur Stärkung der Mediation

Auch die Zusammenstellung dieser Maßnahmen ist in einem eigenen Verzeichnis im Anhang zu finden.

Die Beziehung zum Recht, ihre Risiken und Chancen lassen sich nur nachvollziehen, wenn auch Hintergründe

³ Vertragsmuster sowie Mustertexte passend zu den Ausführungen in *Mediation (un)geregelt* finden sich bei *Trossen, Diedrich* (Mediationsvertrag).

und Funktionsweisen der Mediation verstanden sind. Eine tiefer gehende Beschreibung und Erörterung der Mediation ist eine Bedingung für die korrekte Anwendung des aus verschiedenen Rechtsquellen herzuleitenden Mediationsrechts. Sie wird den Ausführungen vorbehalten, die der eigentlichen Kommentierung vorausgehen. Um Redundanzen zu vermeiden, wurde der Lehrbuchkommentar schließlich in das *Compendium Mediationis* eingebunden. Dort hat der Leser die Möglichkeit, sein Wissen über die Mediation ganz nach Bedarf mithilfe praxisnaher, didaktisch aufbereiteter Lerninhalte zur Mediation zu vertiefen. Die Kommentierung erstreckt sich auf die im „Gesetz der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung“ aufgeführten Gesetze, Gesetzesänderungen und Regelungen aber auch auf die außerhalb des MediationsG vorzufindenden Vorschriften, wie das Dienstvertragsrecht, das Verjährungsrecht, das Wettbewerbsrecht, das Steuerrecht usw. Ziel ist es, eine umfassende rechtliche Einschätzung der Mediation zu ermöglichen.

Zur sprachlichen Klarheit wird das „Gesetz der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung“ als **Mediationsförderungsgesetz** bezeichnet. Das Mediationsförderungsgesetz wirkt sich auf alle Vorschriften aus, die der Gesetzgeber angepasst hat. Es betrifft auch die Verfahrensgesetze der Gerichte. Demgegenüber wird das eigentliche in Art 1 des Mediationsförderungsgesetzes erwähnte Mediationsgesetz, welches nur das Mediationsverfahren regelt, auch als **Mediationsgesetz** bezeichnet. Wenn weiterhin von „dem Gesetz“

die Rede ist, dann ist das Mediationsgesetz⁴ vom 25. Juli 2012 gemeint. Paragrafenangaben ohne Gesetzeshinweis sind solche des MediationsG. Nicht alle in Bezug genommenen Gesetze werden wörtlich zitiert. Die Gesetzestexte können im Originalwortlaut jedoch im Internet aufgerufen und nachgelesen werden⁵. Abkürzungen sind in einem Verzeichnis im Anhang erläutert. Dort finden sich auch weitere begriffliche Klarstellungen und Verwendungen. Sie sollen dazu beitragen, die Terminologie in der Mediation zu vereinheitlichen.

Weniger der sprachlichen Klarheit als der verbesserten Lesbarkeit zollt die Verwendung männlicher Formen. Der konservative Schreibstil beansprucht keinen geschlechtlichen Definitionsgehalt oder gar eine geschlechtliche Vorrangstellung. Wenn also von „dem Mediator“ die Rede ist, dann soll (wie auch im Mediationsgesetz) in gleicher Weise „die Mediatorin“ angesprochen sein. Wenn umgekehrt von „der Mediatorin“ die Rede ist, dann gilt dies in gleicher Weise auch für den Mediator.

Bei der Abfassung des Praxis- und Lehrbuchkommentars wurde darauf geachtet, dem Leser eine chronologische Lektüre zu ermöglichen. Sie erlaubt einen **systematischen Zugang zur Mediation** und ist zugleich eine **Einführung in das Mediationsrecht**. Zur Sicherung der Konsistenz und zur Vermeidung von Redundanzen obliegt die alleinige inhaltliche und textliche Verantwortung dem Herausgeber. Die sich daraus ergebende Ar-

⁴ BGBl 2012 Teil I Nr. 35, ausgegeben zu Bonn am 25. Juli 2012

⁵ Siehe <http://www.gesetze-im-internet.de/>

beitsteilung nebst einem Hinweis auf die jeweiligen Autorenbeiträge ist im Anhang näher erläutert.

Den Verfassern ist bewusst, dass die Zielgruppe der Mediatoren - mithin auch die Leser dieses Kommentars - sich aus den unterschiedlichsten Professionen und Disziplinen zusammensetzen. Gerade wegen dieser Vielfalt enthält der einführende Teil Aussagen über die psychologischen und strategischen Hintergründe zur Mediation ebenso wie allgemeine Rechtsfragen, die im Mediationsgesetz selbst nicht angesprochen wurden, aber dennoch bei der Gesetzesauslegung und der Durchführung von Mediationen eine entscheidende Rolle spielen.

Um Zitate zu erleichtern und Querverweise zu präzisieren, wurden die Absätze durchlaufend mit Absatznummern [1...n] versehen. Die darauf zeigenden Querverweise sind im Fließtext durch Klammerzitate [001] eingebunden. Fußnoten hingegen werden durch hochgestellte Kennziffern⁶ markiert. Sie verweisen auf Zitate außerhalb des Kommentars und beziehen sich auf das Literaturverzeichnis im Anhang.

⁶ Fußnoten verweisen auf Fundstellen *außerhalb* des Kommentars

I

Grundsätzliches

[1] Das Mediationsförderungsgesetz wurde am 28.6.2012 vom Parlament beschlossen. Es ist am 25.7.2012 in Kraft getreten⁷. Obwohl dort von „der Mediation *und* anderen Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung“ die Rede ist, wird lediglich die Mediation im Art. 1 dieses Gesetzes als Verfahren geregelt [652]. Das in Art 1 zugleich errichtete, und aus nur neun Paragraphen bestehende **Mediationsgesetz** ist kaum in der Lage, alle Voraussetzungen und Rechtsfolgen zu beschreiben, die in einer Mediation zum Tragen kommen. Deshalb sind weitere gesetzliche Vorschriften, wie etwa das zivilrechtliche Vertragsrecht oder berufsrechtliche Sonderregelungen zu besprechen. Daneben können die von Verbänden erlassenen Standards – auch wenn sie nicht ohne weiteres rechtsverbindlich sind - einen noch näher zu definierenden Einfluss auf die Ausgestaltung des Verfahrens nehmen [195]. Die Gesamtheit der auf die Mediation einwirkenden Rechtssätze lässt sich schließlich in dem hier näher beschriebenen und auf *unterschiedliche* Rechtsquellen zugreifenden **Mediationsrecht** zusammenführen [250].

[2] Besonders dort, wo die Mediation als Alternative zum Gerichtsverfahren vorgestellt wird, gibt es inhaltliche Be-

⁷ BGBl 2012 Teil I Nr. 35

rührungen mit dem Recht, über die sich der Mediator, wenn er professionell tätig sein will, im Klaren sein muss. Das Mediationsrecht betrifft deshalb nicht nur die Frage des Rechts *der* Mediation, sondern auch die hier ebenfalls vorgestellte Frage der Behandlung des Rechts *in der* Mediation [464].

[3] Andere Verfahren zur außergerichtlichen Konfliktbeilegung sind z.B. die Moderation, die Schlichtung und das Schiedsgerichtsverfahren. Deren Regelungsinhalte sind in dem Kapitel „ADR Verfahren“ aufgeführt [1244]. Der Intention des Gesetzes folgend ist der Schwerpunkt der hiesigen Ausführungen jedoch die Mediation, die es zu verstehen gilt, bevor sie der Matrix des Rechts unterworfen wird.

Historie

[4] Wenn von der Geschichte der Mediation die Rede ist, beginnen viele Ausarbeitungen mit dem Aufkommen der Mediation Anfang des 20. Jahrhunderts in Amerika. Andere Autoren sehen die Wurzeln der Mediation bereits in der Antike. Tatsächlich sind die Weisheiten, die in der Mediation zum Tragen kommen, nicht neu. Den Menschen gibt es wohl schon seit 200.000 Jahren⁸. Die Zivilisation gibt es seit ca. 5.000 Jahren. Streit gibt es seit je her. Er ist keine menschliche Erfindung. Auch Tiere haben Streit. Jede Spezies hat ihre eigene Art, solche Auseinandersetzungen zu führen. Sogar Pflanzen „streiten“ sich um Raum und Licht. Die Fähigkeit des Menschen er-

⁸ Je nach Zeitrechnung. Zur Entwicklung des Menschen siehe: Wikipedia (Menschheitsgeschichte)

laubt es ihm, den Streit zu reflektieren und in eine Kultur zu überführen. Eine Streitkultur gibt es deshalb seit Beginn der Zivilisation. Schon in der Bibel finden sich Aussagen, die durchaus an Mediation erinnern. Die im Glauben verankerte Empfehlung „Vertrau auf Gott“ beschreibt eine Weisheit, die sich auch die Mediation zu Eigen gemacht hat. In ihren Denkrhythmus übersetzt bedeutet das so viel wie: Denk nicht an die Lösung, dann wird schon das Passende herauskommen.

[5] Der **Begriff der Mediation** stammt aus dem Lateinischen und leitet sich von *medius* ab. Nach *Duss-von-Werdt*⁹ geht er auf den lateinischen Wortstamm „*medeor, mederi*“, *heilen, ganz machen* zurück. Danach entstammt die Mediation dem gleichen Wortstamm wie die *Medizin*, wo auch *Medium* und *Meditation* dem Formenkreis des Heilens zugeordnet werden. Des Weiteren lässt sich der Begriff auf das Adjektiv „*medius*“, *mitten, dazwischen liegend, in der Mitte stehend, neutral, unparteiisch* und auf das Substantiv „*medium*“, *Mitte, Gemeinwohl* zurückführen. Anfänglich hatte man nicht nur in Deutschland¹⁰ darüber nachgedacht, die Mediation mit dem besser verständlichen übersetzten Begriff des Vermittelns zu bezeichnen. Unter anderem sollte die Assoziation zur Meditation vermieden werden. Wie in vielen europäischen Ländern¹¹ wurde der Begriff Mediation schließlich als der feststehende, amerikanische Fachbegriff übernommen. Aus dem Englischen übersetzt bedeutet er Vermitt-

⁹ *Duss-von-Werdt* (1995), S. 235

¹⁰ *Trossen* (*mediacija*), ein Appell zur Verwendung des Wortes *mediacija* im Lettischen an Stelle von *izligums* oder *starpniecibas*

¹¹ Wikipediatio (Mediationsbezeichnungen EU)

lung¹². Mit geringer Trennschärfe wird das Englische „mediation“ aber auch mit Schlichtung und Interpolation gleich gesetzt¹³, wobei die Übersetzung mit Schlichtung zumindest dem hiesigen Recht zuwiderläuft.

[6] **Der Begriff des Mediators** bedeutet Mittler oder Mittelsperson. Er ist inzwischen legal definiert in § 1 Abs. 2 und meint nicht nur die Prozess- sondern auch die Berufsbezeichnung [565]. Auch der Begriff Mediation ist inzwischen in § 1 Abs. 1 legal definiert. Die Gesetzesbegründung¹⁴ führt auf das Lateinische *mediatio* zurück, das mit Vermittlung übersetzt wird. Die spätlateinische Konnotation hat die Vermittlung attribuiert. Sie bedeutet so viel wie friedensstiftende, versöhnende Vermittlung. In dieser Form blickt die Mediation auf eine über 2000-jährige Geschichte zurück. Sie kommt in der einen oder anderen Form in jeder Kultur vor, die Streit zu bewältigen hat. Die bekanntesten und am meisten zitierten Anwendungsfälle der Mediation sollen zeigen, dass die Streitvermittlung keinesfalls eine Erfindung der modernen Gesellschaft ist.

- Die Begründung zum Gesetzesentwurf¹⁵ erwähnt Solon als den Vermittler der Antike. Solon sollte die verfeindeten politischen Gruppen im attischen Staat vereinen, um einen Bürgerkrieg zu vermeiden. Er wurde dann jedoch zum „Schiedsrichter mit unumschränkter Macht“ ernannt¹⁶.

¹² vgl. *Besemer* (1996), S. 14

¹³ Dict (mediation), dl: 29.4.2014

¹⁴ Begründung, S. 12

¹⁵ Begründung, S. 14

¹⁶ *Kuhne* (Wegbereiter)

- Papst Urban VIII entsandte seinen Nuntius und Diplomaten Fabio Chigi als mediator pacis, um das Ende des 30 jährigen Krieges in Münster zu vermitteln. Zusammen mit Alvise Contarini erfolgte die Friedensstiftung nach 5 jähriger Vermittlungsarbeit!
- Das Camp David Abkommen vom 17. September 1978 kam durch die Vermittlung des US-Präsidenten Carter zu einem Zeitpunkt zustande, als zwischen Israel und Ägypten keine diplomatischen Beziehungen bestanden¹⁷.

[7] Die Liste ließe sich beliebig fortsetzen, wenn es darum ginge, Fälle der erfolgreichen Streitvermittlung anzuführen. Ob es sich dabei wirklich um Mediationen im fachlichen Verständnis handelte, mag dahingestellt sein. Ganz sicher aber handelte es sich jeweils um eine unspezifische Form der Konfliktvermittlung. Tatsächlich ist das heutige Verständnis der Mediation – zumindest in der Fachwelt – wesentlich differenzierter. Es weicht von seinem begrifflichen Ursprung ab und weiß zwischen einer versöhnend gemeinten Schlichtung, einer streitregulierenden Schiedsgerichtsbarkeit, einem aufgedrängten Kompromiss und einem von den Parteien selbst erarbeiteten Konsens zu differenzieren. Allein die zuletzt genannte Variante der Konfliktbehandlung – der von den Parteien selbst erarbeitete Konsens - bildet die moderne Form der Mediation. Sie kam zu Beginn des 20. Jahrhunderts in den USA auf.

¹⁷ Wikipedia (Camp David)

[8] In Deutschland machte spätestens der erste Kongress zur Mediation in Tübingen im Jahre 1998 deren Ankunft deutlich. Es herrschte eine Aufbruchsstimmung¹⁸. Die Pioniere der Mediation führten zahlreiche Versuche und Projekte durch, um die Mediation und ihre Wirkmechanismen zu erkunden. Es ist ein aussagekräftiges Phänomen, dass sich in der Folgezeit mehr als acht Verbände herausgebildet haben [575]. Auch die Kammern nehmen sich des Themas an. Die Vielfalt der Anbieter und deren unterschiedliche Interessen sollte der Mediationslandschaft jedoch nicht nur eine Bereicherung sein. Die aufkommende Konkurrenz zeigte, dass selbst die Protagonisten in eigenen Angelegenheiten eher zur Konfrontation als zur Kooperation neigen¹⁹. Anstatt in die Rolle des Mediators haben sich Regierung und Gesetzgeber in die Position eines Dritten begeben, der von Lobbyisten eher instrumentalisiert als beraten wird²⁰.

[9] Am 21. Mai 2008 erließen das Europäische Parlament und der Rat die Richtlinie 2008/52/EG über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen (EU-RL)²¹. Die Richtlinie sollte sicherstellen, dass die gesetzlichen Anforderungen für die Einführung der Mediation als ein Streitbeilegungsverfahren in den Mitgliedstaaten möglichst gleichförmig sind. Demnach regelt die EU-RL beispielsweise die Anforderungen an die Vertraulichkeit, die Freiwilligkeit und die Verjährung. Die Richtlinie be-

¹⁸ *Trossen* (Mediation den Mediatoren)

¹⁹ *Trossen* (Die Schlacht um die Mediation),
Trossen (Mein Mac und die Mediation)

²⁰ *Henssler* (Mediationsgesetz): „Im Übrigen aber hat die anwaltliche Lobby wieder einmal gute Arbeit geleistet“

²¹ EU-RL

trifft direkt nur die Mediation bei grenzüberschreitenden Konflikten. Nur so weit reichte die Regelungskompetenz der EU.

[10] Fast alle Mitgliedstaaten der EU hatten und haben sich ebenfalls mit dem Erlass eines Mediationsgesetzes befasst. Manche Länder verfügten bereits über ein Mediationsgesetz. Andere haben es auf Grund der Richtlinie eingeführt. Eine Übersicht über die EU-weite Gesetzeslage ist bei *EuroNetMed* zu finden²².

[11] Als in Deutschland die ersten Diskussionen über das Gesetz aufkamen, waren sich die Mediatoren noch gar nicht sicher, ob die Zeit für ein derartiges Gesetz reif wäre. Es war die Zeit der Pioniere und Experimente. Die Mediation zog ihre Kreise und eroberte nach und nach immer weitere Professionen und nicht zuletzt sogar die Gerichtsbarkeit [1019]ff. Noch auf dem 67. Juristentag im Jahre 2008 in Erfurt sprachen sich (fast) alle Mediatoren gegen ein Mediationsgesetz aus²³. Man war der Meinung, es sei noch zu früh für ein solches Gesetz. Die Mediation müsse sich erst etablieren. Es solle sich noch zeigen, in welcher Weise und in welcher Form die Mediation in Deutschland zu implementieren sei. Auf der anderen Seite wuchs der Bedarf, einheitlich festzuschreiben, was die Mediation überhaupt ist. Zu oft geschah es, dass Anbieter ihre Dienstleistungen als Mediation verkauften, ohne dass es sich bei dem, was sie konkret angeboten hatten, um eine Mediation handelte – wenigstens nicht im Verständnis der fachkundigen Mediatoren. „Vergleiche kön-

²² *EuroNetMed* (Mediation Act)

²³ Augenzeugenbericht des Herausgebers

nen wir doch auch!“ oder „Das machen wir doch schon immer“, lautete die ignorante Aussage. Mediation ist aber, wie eingangs erwähnt, mehr als ein kompromissartiger Vergleich.

[12] Das Interesse des Gesetzgebers weckte die Lobby. Plötzlich wandelte sich das Bild. Jetzt sprach sich die Mehrheit der Mediatoren *für* das Gesetz aus. Sie erwarteten, das Gesetz könne den Markt für Mediatoren bereiten, wenn der Gesetzgeber die Mediation als ein *alternatives* Verfahren zur Gerichtsbarkeit institutionalisieren würde²⁴. Der Gesetzesentwurf des Bundesministeriums der Justiz (BMJ) wollte die weitere Entwicklung erst einmal abwarten. Der Markt sollte eine Chance haben und sich entwickeln. Nicht einmal die Ausbildung, als das in dem Ringen um die Mediation marktbestimmende Element, wurde geregelt. Inzwischen hatten sich die Verbände nach langen Diskussionen auf eine mindestens 200-stündige Ausbildung mit dementsprechenden Inhalten verständigt. Der Deutsche Bundestag hat die Gesetzesvorlage²⁵ in seiner 105. Sitzung am 14. April 2011 beraten und an den Rechtsausschuss zur federführenden Beratung überwiesen. Die Beschlussempfehlung und der Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuss) zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung²⁶ vom 01. 12. 2011 wollte das Konzept der Regierung jedoch nicht uneingeschränkt übernehmen. Die Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses²⁷, welcher der Gesetzgeber auch

²⁴ Kritisch *Trossen* (Alternative)

²⁵ BT-Drucks. 17/5335, 17/5496

²⁶ BT-Drucks. 17/5335, 17/5496

²⁷ BT-Drucks. 17/8058 01. 12. 2011

schließlich folgte, sah zwei wesentliche Änderungen vor. *Eine* der Änderungen betraf die Ausbildung zum Mediator, *die andere* betraf die gerichtsinterne Mediation. Die Ausbildung wurde rudimentär geregelt, wobei offenbar die Fachanwaltsausbildung mit einem Volumen von 120 Stunden zum Vorbild genommen wurde. Die gerichtsinterne Mediation wurde nicht übernommen, aber durch den Güterichter ersetzt. Die historische Bedeutung der Gerichtsmediation, ihr Zustandekommen und ihre befürchtete Einflussnahme auf den Markt, aber auch das damit einhergehende Selbstverständnis der Ausübung staatlicher Macht und ihr Widerspruch zur Mediation, werden zusammen mit den Ausführungen zu den Artikeln 2 ff. des Mediationsförderungsgesetzes [1019]ff. und in den Kapiteln über die Markt- und Berufsbildung des Mediators [554] ausführlicher besprochen.

[13] In der Pressemitteilung²⁸ des deutschen Bundestages vom 30.11.2011 wurde die ungewöhnliche interfraktionelle Einstimmigkeit des Parlamentsbeschlusses hervorgehoben. Das klingt wie ein guter Start für ein Gesetz, das sich mit der Mediation befasst. Einstimmigkeit passt gut zur Mediation. Allerdings sollte es sich herausstellen, dass Einstimmigkeit nicht gleichzusetzen ist mit Konsens. Das Gesetz wurde vom Bundesrat abgelehnt. Es musste dem Vermittlungsausschuss vorgelegt werden; nicht etwa wegen der Fragen zur Ausbildung, sondern wegen der Regelung des Güterichters oder besser gesagt, wegen der abgelehnten Richtermediation. Für Viele erschien der Streit um die gerichtsinterne Mediation als ein

²⁸ PM Dt. Bundestag, 30.11.2011, dl: 1.3.2013

Streit um das Etikett. Die Politiker konnten sich schließlich auf einen Kompromiss einigen, indem der Gesetzgeber klarstellt, dass der Güterichter alle Methoden der Konfliktbeilegung einschließlich der Mediation einsetzen darf²⁹. Mit dieser nicht unbedingt nachvollziehbaren, weil unnötigen Klarstellung konnte das Gesetz dann schließlich am 28.6.2012 um 13:05 ohne weitere Debatte erlassen werden³⁰. Die Gerichte sehen den Güterichter nach wie vor als ein Synonym für die gerichtsinterne Mediation [1021]³¹. Der Geschäftsverteilungsplan des Landgerichts Augsburg³² beispielsweise verdeutlicht diese Sicht. Er verteilt die Güterichterstellen und deren Vertretungen unter der Überschrift: „Güterichter nach § 278 ZPO (gerichtsinterne Mediation).“

[14] Heute, nach dem Erlass des MediationsG, hat sich die Landschaft der Mediation bereits erkennbar verändert. Die Mediation ist ein Wirtschaftsfaktor geworden. Mediatoren versuchen Märkte zu erobern, während die Professionen versuchen, Märkte zu sichern. In dem sich daraus ergebenden Spannungsverhältnis droht die Mediation mehr und mehr zu einem Objekt der Begierde zu werden, auf die ganz unterschiedliche Kräfte einen eher unmediativen Einfluss nehmen.

Mediation

[15] Das Gesetz hat sich im § 1 auf eine Definition des Begriffs *Mediation* eingelassen, auf die an bereiter Stelle

²⁹ Art. 2 Nr. 5 Mediationsförderungsgesetz, § 278 Abs. 5 S. 2 ZPO

³⁰ Siehe auch: *Trossen* (Güterichter)

³¹ Siehe auch *Röthemeyer* (Güterichterkonzept)

³² GF-Plan (Augsburg), Seite 24

noch näher einzugehen ist [666]. Die Mediation wird dort als ein **Verfahren** definiert. Wäre sie als ein Phänomen, als eine Wissenschaft oder gar als eine Philosophie definiert worden, dann wäre sie gehalten, eine Mediationstheorie aufzustellen³³, die sich mit der Funktionalität und den zugrunde liegenden Denkweisen der gegenwärtigen Mediationspraxis auseinandersetzt³⁴. Für ein Verfahren erübrigt sich die Theoriebildung. Die Chance, dass sich eine Mediationswissenschaft entwickelt, die interdisziplinär alles sammelt, was mit Konflikten zu tun hat, scheint mit der Definition des Gesetzgebers verpasst zu sein. Zu Recht weist *Malinowski* unter Berufung auf *Kirchhoff* darauf hin, dass die wissenschaftliche Beschäftigung mit der Mediation nicht zum primären Selbstverständnis der Mediatoren in Deutschland zählt³⁵. Mediatoren neigen dazu, die Mediation als Handwerk zu begreifen³⁶. Nicht nur *Kirchhoff* sieht die Mediation als eine *mögliche* Schnittmengenwissenschaft³⁷. Ob sich die Mediation tatsächlich als eine fachübergreifende Wissenschaft herausbilden kann, ist seit dem Erlass des Mediationsgesetzes mehr als fraglich. Warum sollte sich eine Wissenschaft mit der Bearbeitung eines Verfahrens auseinandersetzen? Es gibt ja auch keine ZPO-Wissenschaft. Lohnend und notwendig wäre es durchaus, die Mediation auch unter wissenschaftlichen Gesichtspunkten zu elabo-

³³ Wikipediation (Mediationstheorie)

³⁴ So ausführlich: *Trossen* (Mediation einsichtig)

³⁵ *Malinowski* S. 22,
Kirchhoff / Schroeter ZKM 02/2006, S. 56

³⁶ *Kirchhoff / Schroeter* a.a.O., S. 58

³⁷ *Malinowski* S. 22,
Kirchhoff / Schroeter a.a.O., S. 56

rieren; zumindest solange in Trainings immer wieder methodisch nicht abgeleitete Regeln vorgestellt werden³⁸. **Ohne eine wissenschaftliche Eigenständigkeit wird sich die Auseinandersetzung mit der Mediation an bestehende Disziplinen und Institutionen anknüpfen und kaum eine Eigenständigkeit entwickeln können**³⁹.

[16] Andererseits wurde den Disziplinen und Professionen Raum gelassen, die Mediation aus ihrer jeweiligen Perspektive zu beschreiben. Aber selbst wenn innerhalb der Fachdisziplinen die Interdisziplinarität geübt wird, bleibt zu befürchten, dass diese Übung eher perspektivisch als disziplinübergreifend angelegt wird. Die unterschiedlichen Herangehensweisen an Konflikte und die unterschiedlichen Sichten werden sich nur dann in der Mediation vereinigen können, wenn es gelingt, ein disziplines und fachübergreifendes Forum zu errichten, in dem *alle* Varianten und Ideen zur Mediation einbezogen werden⁴⁰. Ein solches Forum zu bilden war übrigens die Absicht, als sich Interessierte (meist Vertreter der verschiedenen Mediationsverbände) 2004 (heute noch existierend als Deutsches Forum für Mediation, DFFM) zusammenfanden, um die verschiedenen Perspektiven von Mediation zu erkunden und zu vergleichen. Eine eher an

³⁸ Dem Herausgeber wurde in einem 350 Stunden!-Training allen Ernstes berichtet, ein akkreditierter(!) Trainerkollege hätte den Studenten erklärt, dass es einem Mediatoren verwehrt sei, sich auf ein Sofa zu setzen. Zum Glück konnten sich die Studenten keinen Reim auf eine solche Regel machen.

³⁹ Mediation sollte transdisziplinär sein. Siehe: Wikipediation (Transdisziplinarität)

⁴⁰ Ein Versuch ein solches Forum zu errichten war das DFFM

der sokratischen Methode orientierte Arbeitsweise war die Vorstellung, die Unterschiedlichkeiten aufzunehmen und aus dem Diskurs zu entwickeln. Ein kooperativ gleichrangiger Diskurs, motiviert durch Neugier und Lust am gemeinsamen Erkenntnisgewinn, und dessen praktische Umsetzung wäre ein Weg, um die interdisziplinäre Auseinandersetzung konstruktiv zu nutzen. Seit der Gesetzesinitiative entwickelte sich das Projekt zu einer Arena des Wettbewerbs um vermeintliche Vorteile, nicht für das Ganze, sondern nur für den eigenen Bezug. Ein neuer Ansatz, ein verbandsübergreifendes und politisch unabhängiges Forum virtuell abzubilden, ermöglicht ein Wiki namens „Wikipediation“⁴¹.

[17] Die Unterschiedlichkeit der verschiedenen wissenschaftlichen Sichtweisen zeigt sich bereits, wenn die der Mediation zugrunde zu legende Konflikttheorie diskutiert wird. Oft ist von *der* Konflikttheorie die Rede. De facto gibt es aber sehr viele solcher Konflikttheorien⁴². Sie werden von der jeweils erläuternden Disziplin geprägt und sind deshalb mit fast ebenso vielen unterschiedlichen Sichtweisen auf den Konflikt verknüpft. Es gibt Konflikttheorien der Psychologie, der Ökonomie, der Rechtssoziologie, ja sogar der Mathematik⁴³ und anderer Wissenschaften. Obwohl die Mediation nur ein Verfahren sein soll, fasst sie alles zusammen, was über Konflikte er-

⁴¹ Wikipediation ist ein Wiki der Mediation, das von der integrierten Mediation ins Leben gerufen wurde und allen Verbänden und Institutionen zur Verfügung steht. Siehe www.wikipediation.org.

⁴² *Glasl* (2011), S. 53-59

⁴³ Die Spieltheorie ist eine Disziplin der Mathematik. Sie hat ebenfalls eine Konflikttheorie formuliert.

forscht wird. Genauer gesagt ist sie darauf angewiesen, diese Erkenntnisse zusammenzuführen und zu bündeln. Aus diesem Grund kann die Mediation nicht *allein* als Verfahren gesehen werden, sondern zugleich als dessen wissenschaftliche Fundierung. Bislang werden die konzeptionellen Grundlagen der Mediation mit dem (westlich geprägten) Harvard-Konzept, der Konsens-Findung als Prinzip und der Konflikteskalation nach *Glasi*⁴⁴ begründet⁴⁵. Die Herleitungen betreffen das Verhandeln, die zum Prinzip erhobene und dem Verhandeln zugrunde gelegte Strategie, sowie den auf die Gestaltung der Verhandlungen einwirkenden Konflikt. Sie lassen offen, was auf der Seite der Hauptpersonen, nämlich der Medianden geschehen muss, damit sie selbst in die Lage versetzt werden, die Lösung des Problems zu finden. Diese Anforderungen lassen sich aus dem von *Trossen* identifizierten und von der Mediation beschriebenen Kognitionsprozess herleiten⁴⁶. Erst daraus ergibt sich eine noch zu beschreibende, konsistente Methodik ab, die sich an einer zugrunde liegenden Theorie orientieren kann. Eine der Mediation immanente Theorie wäre dann als Mediationstheorie zu formulieren. Sie würde die Mediation nicht nur als ein Verfahren im juristischen, sondern auch im psychologischen und soziologischen Verständnis zu begreifen haben⁴⁷.

⁴⁴ *Glasi* (Konfliktmanagement)

⁴⁵ Wikipediation (Konzepte) dl. 22.7.2014

⁴⁶ Wikipediation(Kognitionsprozess) dl. 22.7.2014

⁴⁷ Die Integrierte Mediation verfolgt diese Sichtweise, indem sie die Mediation als systemischen (nicht ausschließlich mechanistischen) Prozess begreift.

Die Mediationstheorie

[18] Noch ist die Mediation weit davon entfernt als eine Theorie verstanden zu werden. Geht man jedoch – anders als die gesetzliche Definition - davon aus, dass die Mediation mehr ist als nur ein justiznahes Verfahren [155], dann interessiert die in ihrer Wirkungs- und Funktionsweise zu reproduzierende Kompetenz als der darüber hinausgehende Mehrwert. Der Fokus richtet sich auf die Methodik, die sich aus einer anzunehmenden Mediationstheorie erschließt. Erst nach dieser Abklärung lassen sich die viel zitierten, der Methodik zu unterwerfenden Techniken einjustieren.

Der gedankliche Ansatz

[19] Solange es noch keine Mediationstheorie gibt, leitet sich die Methodik der Mediation aus den im Verfahren verwirklichten gedanklichen Ansätzen her. Der Konsens, das Ziel der Mediation, gründet auf das Verstehen der Medianden⁴⁸. Das Verstehen basiert auf der korrekten und vollständigen Information. Die Herausforderung, einen Konsens im Konflikt zu finden, beginnt schon damit, dass das Verstehen der Fakten von den Medianden als diskrepant wahrgenommen wird. Das Verstehen bedarf der Vermittlung. Diese fällt nicht immer leicht. Oft kann der sich aus den unterschiedlichen Positionen der Parteien ergebende Widerspruch nicht gelöst werden. Eine komplexe Gesellschaft mit multiplen Wertesystemen und komplizierten Regelungen erschwert die Lösungsfin-

⁴⁸ Zum Begriff: Duden (Konsens);
Siehe auch <http://www.adr-blog.de/?p=246>

dung. Das logische Herangehen, das auf eine Entweder-oder-Entscheidung abstellt, sowie die Vorstellung eines Nullsummenspiels, hinterlassen zwingend einen Gewinner und einen Verlierer, obwohl andere Lösungen möglich wären.

[20] Die Mediation verfolgt einen anderen gedanklichen Zugang zur Problemlösung. Sie verarbeitet den aufzulösenden Widerspruch (gemeint sind die widerstreitenden Positionen der Medianden) in einer Dialektik⁴⁹. Sie erlaubt das Sowohl-als-auch-Prinzip. Der Widerspruch wird aufgelöst, indem er verarbeitet wird. Die Mediation überzeugt durch ihre Anpassungsfähigkeit, Flexibilität und Vielfalt. Sie stellt eine Synthese aus unterschiedlichen Formen des Denkens dar⁵⁰. Aussagen wie: „Juristen brauchen eine Gehirnwäsche, damit sie die Mediation anwenden können“⁵¹, sind weder überzeugend noch zutreffend. Das stringente juristische Denken hat in der Mediation ebenso seine Existenzberechtigung wie das dialektische und das assoziativ psychologische Denken. Die Schwierigkeit liegt nur darin, dass sich die unterschiedlichen Denkweisen prozessabhängig ausschließen. Die Mediation versteht es, die Formen des Denkens aktiv in den Prozess einzubeziehen, indem sie das logische, dialektische und assoziative Denken in einen sequenziellen Rhythmus überführt. Die aus einem psychologischen Verständnis des Verfahrens zu beschreibenden Erkennt-

⁴⁹ Wikipediatio (Dialektik), dl. 18.8.2014

⁵⁰ *Trossen* (Mediation einsichtig)

⁵¹ Siehe dazu Wikipediatio (Falsche Mythen), dl: 22.7.2014. Auch: *Trossen* (Mythen), dl: 13.9.2014

nisschritte kommen in den Phasen der Mediation zum Ausdruck.

Die immanente Logik

[21] Die in der Mediation beschriebenen Erkenntnis-schritte verbergen eine geradezu geniale und einfache Ablauflogik, die sich wie folgt in Abschnitten beschreiben lässt⁵²:

- **Phase 1:** Phase 1 wird schulabhängig als Initialisierung oder Arbeitsbündnis bezeichnet. In Phase eins geht es um eine Zielvereinbarung und um die Etablierung einer konfliktfreien Metaebene, die während des gesamten Verfahrens verfügbar bleiben muss. Um sie zu ermöglichen, wird ein Gesprächsrahmen hergestellt, in dem die Mediation ablaufen kann. Die Tiefe der hierfür zu erarbeitenden Regeln ist abhängig vom Eskalationsgrad, d.h. von dem Grad der Emotionen, welche die vorhandenen kognitiven Fähigkeiten beeinflussen. Dieser **gemeinsam erarbeitete** Rahmen gibt die erste Sicherheit, sich überhaupt auf etwas Gemeinsames einlassen zu können. Hier wird das Verfahrensritual⁵³ aufgebaut und ein fester Anker gesetzt, auf den man jederzeit zurückgreifen kann.
- **Phase 2:** Diese Phase wird schul- und methodenabhängig als Themensammlung oder Bestandsaufnahme bezeichnet. Die *genaue* Feststellung

⁵² Einzelheiten zum Erkenntnisprozess siehe *Trossen* (Mediation visionär), angekündigt

⁵³ Wikipediatiion (Verfahrensritual), dl: 14.8.2014

des Streites schafft ein Bewusstsein, dass und worüber gestritten wird. Nicht nur der Streit, sondern auch das Verhältnis von Schlacht und Krieg und die darin verborgenen Diskrepanzen werden aufgedeckt. In dieser Phase geht es also darum, die sich aus den konträren *Positionen* ergebenden, bekannten und widersprüchlichen Lösungsmodelle durchaus als unlösbar zu erkennen oder als nicht zielführend zu bestätigen, um kognitive Dissonanzen herauszustellen. Hier wird den Medianden verdeutlicht, dass nicht nur das „Meins“ zählt, sondern dass es tatsächlich eine Diversität gibt. Sie ist dem einzelnen Kontrahenten besonders bei hoch entwickelten Konflikten im Zustand blanker Wut nicht ohne weiteres erkennbar. Von „sowohl-als-auch“ Fähigkeiten sind die Kontrahenten in dieser Phase noch sehr weit entfernt. Deshalb werden hier zunächst die Konfliktthemen gesammelt. Der Schritt ist für den Mediator auch eine Form des Testens, ob das Verfahrensritual greift und die gegebenenfalls vorhandenen Emotionen der Medianden dadurch im Rahmen bleiben.

- **Phase 3:** Je nach Schule und Mediationsmodell wird diese Phase als Interessenerhellung oder Konfliktarbeit bezeichnet. Mit Eröffnung der Phase drei wird der zuvor lokalisierte Streit in Phase zwei zurückgelassen. In der dritten Phase ändert sich die Blickrichtung von der Vergangenheit in die Zukunft. Das Zukunftsdesign wird aus den Interessen und, je nach Bearbeitungstiefe, gegeb-

nenfalls aus den noch darunter liegenden Bedürfnisse hergeleitet. Die Bearbeitungstiefe ergibt sich u.a. aus dem zu wählenden Mediationsmodell [77]. Mit der Phase drei wird ein neuer Erkenntnisschritt eingeleitet. Es geht um die Frage nach dem „Wozu“. **Der Mediator arbeitet den eigentlichen Zweck des Streites heraus, um eine Vorstellung davon zu bekommen, worauf es den Parteien ankommt.** Der Zweck soll die wahren Interessen zum Vorschein bringen über die der erwartete Nutzen zu beschreiben ist. Interesse ist in der Mediation ein Fachausdruck [35]. Er wird strikt von den Positionen (Phase zwei) und den zu findenden Lösungen (Phase vier) abgegrenzt und darf nicht mit ihnen vermischt werden. Er erschließt sich unter anderem aus den für Juristen eher vernachlässigbaren Motiven hinter dem Streit. Die zugrundeliegenden Streitmotive weisen auf die tatsächlichen Bedürfnisse [35] der Medianden hin. In dieser Phase, in der sich der Mediand öffnet und gegebenenfalls intime Bedürfnisse preisgibt, muss die Stabilität des Verfahrensrituals vollständig gewährleistet sein, um eine Konfliktverschärfung zu vermeiden.

- **Phase 4:** Erst nachdem die wirklichen Interessen und Bedürfnisse erkannt und abgestimmt sind, begeben sich die Parteien daran, (neue) Problemlösungen zu suchen. Jetzt geht es um das „Wie“. Das Ziel in dieser Phase ist die Unterbreitung von Angeboten (durchaus im Verständnis von § 145 BGB), von denen die Parteien erwarten

können, dass der Gegner sie annehmen kann und zustimmen wird. Die Parteien sollten nun dazu in der Lage sein, die sowohl-als-auch Betrachtung zuzulassen bzw. auch aufzusuchen, was meist zu ersten zarten Lösungsansätzen führt. Unter der Moderation des Mediators fallen Lösungsmöglichkeiten jetzt wie reife Äpfel vom Baum. Nach dem Sammeln werden die Lösungsangebote bewertet.

- **Phase 5:** Der Konsens manifestiert sich in der Abschlussvereinbarung [457]. Die Einigung erfolgt nach Annahme des (passenden) Angebots.

[22] Wenn die den Phasen zugeordneten Positionen, Interessen und Lösungen vermischt werden, liegt ein Mediationsfehler nahe. Der Streit droht zu eskalieren.

✎ Positionen, Interessen und Lösungen vermischt

Ein versierter Mediator achtet sorgfältig darauf, dass die Gesprächsinhalte Phasen zugeordnet werden. Es ist wichtig, dass die Erarbeitung der Interessen und Bedürfnisse nicht nur vom Streit (Phase 2), sondern auch strikt vom Denken an vordergründig dazu passende Lösungen (Phase 4) entkoppelt wird. Diese Form der Strukturierung ist eine Voraussetzung dafür, dass die Sichten und Gedanken bei der Erörterung der Interessen von vorgegebenen Zielen befreit und gegebenenfalls korrigiert und neu ausgerichtet werden können.

[23] Jede Phase hat eine auf den Prozess bezogene Bedeutung. Sie kann juristisch, strategisch, philosophisch, pädagogisch und psychologisch erklärt werden. Wer die interdisziplinären Zusammenhänge verkennt ist kaum in

der Lage, die Mediation korrekt einzuschätzen, geschweige denn sie in der professionell gebotenen Zuverlässigkeit anzuwenden. Die Präzision und Tiefe, mit der die Phasen zu durchlaufen sind, hängen von der Konfliktanalyse [767] und der Wahl des Mediationsmodells [77] ab. Das Prinzip bleibt stets das gleiche. Es zielt darauf ab, den Elementen der Auseinandersetzung und den Dimensionen des Denkens einen Raum zuzuweisen, so dass sie sich gegenseitig nicht mehr behindern können. Das hier zugrunde gelegte 5-phasige Modell basiert auf der amerikanischen Vorgabe. In ihm kommt der Erkenntnisprozess am besten zur Geltung. Es gibt allerdings auch Mediationsmodelle [77], die im Phasenaufbau geringfügige Abweichungen vorweisen oder gar von noch mehr Phasen ausgehen. In der Literatur sind Modelle bekannt, die von 4 bis 8 Phasen variieren⁵⁴. Der Prozessablauf bleibt im Kern erhalten. Anders ist lediglich die Unterteilung der Phasen. So wird der Kreativanteil der Phase 4 von einigen Schulen als eine eigenständige, separate Kreativphase beschrieben, während der Bewertungsanteil der Phase 4 als eine separate Bewertungsphase dargestellt wird. Das achtstufige Modell unterscheidet die Vorklärung, die Vorbereitung, die Informations- und Themensammlung, die Bedürfnis- und Interessenklärung, die kreative Lösungssuche, die Lösungsauswahl, den Abschluss der Vereinbarung und die Nachsorge⁵⁵. Der Mediator muss sich in der Phasenlogik nicht nur bestens auskennen, er sollte sich darin auch bewegen können. Vor allem muss er wissen, wozu die Phasen im Prozess

⁵⁴ Malinowski, S. 25

⁵⁵ Malinowski, S. 25

der Lösungsfindung beitragen und welche Erkenntnisse sie den Parteien ermöglichen. Eine fehlerhafte Phasenabwicklung kann zur Eskalation und gar zum Scheitern der Mediation führen. Wenn sie auf die Verantwortlichkeit des Mediators zurückzuführen ist, stellt sie einen Mediationsfehler dar.

✎ Fehlerhafte Phasenabwicklung

[24] Die Unterschiedlichkeit der Phasen erfordert in der Praxis, dass sich Mediatoren im Falle einer Zusammenarbeit nicht nur über das Phasenmodell, sondern auch über die Varianz der jeweils von ihnen praktizierten Mediationsmodelle [77] verständigen. Die mangelnde Abstimmung könnte im Falle einer Co- und Teammediation zu Irritationen führen und einen Mediationsfehler darstellen.

✎ Mangelnde Abstimmung über die Sicht auf Mediation

Die Mediationsmethodik

[25] Was macht der Mediator, wenn er die Medianden weder berät noch ihnen Vorschläge unterbreitet oder gar Entscheidungen trifft? Die Idee der Mediation besteht darin, eine Einigung über den Weg des wechselseitigen Verstehens herzustellen. **Dabei wird die individuelle Zuschreibung von Bedeutungen höher eingeschätzt als die Erscheinungsform von Fakten.** Weil die Mediation darauf angelegt ist, Bedeutungswirklichkeiten aufzudecken, wird sie auch als ein Verfahren der Konfliktklärung bezeichnet. Innerhalb ihres Verfahrens ist das *Verstehen* nicht nur ein kognitionspsychologischer und strategischer Schwerpunkt, sondern auch ein methodi-

scher. Die Methode des Verstehens unterscheidet sich von der nomothetischen Methode⁵⁶. Bei der Methode des Verstehens versetzt sich der Forscher (Versteher) in die Situation der Akteure. Er ermittelt deren Beweggründe für ihr Handeln⁵⁷. Verstehen ist eine zentrale, aber nicht die einzige in der Mediation anzuwendende Methode. Das Verstehen wird durch das *Vermitteln* ergänzt. Vermittelt wird, was der Mediator verstanden hat. Hier zeigt es sich, dass der Mediator umso mehr zu vermitteln weiß, je mehr er verstanden hat. Die Methode des Vermittelns und des Verhandeln wurden im Harvard-Konzept untersucht⁵⁸. Die Harvard Forschung hat zumindest die Mediation der westlichen Hemisphäre maßgeblich beeinflusst. Nach diesem Konzept werden, wie oben beschrieben, die jeweiligen Bedürfnisse und Interessen als vorrangig beachtet und gedanklich von den Lösungen getrennt. In ihrer Kombination beschreibt die Mediation die Methode des Verstehens und Vermittelns als die Methode der **Vermittlung von Verstehen**. Die Vermittlung ist so spezifisch für die Mediation, dass sie ihr den Namen gegeben hat. Auf den Verstehensprozess abstellend, könnte die Mediation deshalb auch wie folgt definiert werden: **Mediation ist ein Verfahren, das aus Erkenntnisschritten besteht, die den Mediator dazu**

⁵⁶ Anmerkung: Die nomothetische Methode bedient sich der Deutung und Erklärung.

⁵⁷ Siehe: <http://www.politikon.org/lehrangebote/methoden-der-politikwissenschaft/methoden-ansatze-traditionen/die-methode-des-verstehens-wissenschaftstheorie-ii.html>; dl: 27.2.2013

⁵⁸ Siehe <http://www.berufsstrategie.de/bewerbung-karriere-soft-skills/konfliktloesung-harvard-konzept-methode.php>; dl: 27.2.2013

befähigen, die von ihm verstandenen Interessen und Bedürfnisse der Medianden so zu vermitteln, dass ihnen eine auf diesem Verständnis basierende, allseits befriedigende Verhandlung von Lösungen möglich wird.

[26] Die Mediation ist mit *mindestens* zwei dynamischen, im Hintergrund ablaufenden Prozessen verknüpft. Die von diesen Abläufen auf die Mediation einwirkenden Kräfte ergeben sich einerseits aus der Prozesshaftigkeit der Mediation selbst, andererseits aus dem Konflikt. Die Mediation versucht, die Interaktion zwischen Prozess und Konflikt zu nutzen, um alle Kräfte in einer Weise zu bündeln, die nicht gegen, sondern mit der Dynamik des Konfliktes arbeiten können. Die Koordination der gegensätzlichen und im Hintergrund ablaufenden Prozesse gelingt, wenn das Prozessmanagement der Mediation mit dem Konfliktmanagement in einem Erkenntnismanagement zusammengeführt wird, das die Erkenntnisschritte eher im Blick hat als das Prozessergebnis.

[27] Entsprechend der in Phasen ausgedrückten Erkenntnislogik kommt folgende, am Verfahren orientierte Methodik zur Anwendung:

- **Phase 1:** Methoden zur Rahmenbildung (Organisation, Setting) und Herstellung der Metaebene.
- **Phase 2:** Methoden zur Streiterfassung und Akzeptanz des Widerspruches.
- **Phase 3:** Methoden des kognitiven und evtl. emotionalen Verstehens und des Vermittelns des Verstandenen.

- **Phasen 4, 5:** Methoden des Verhandeln und der Moderation.
- **Phase 5:** Methoden der Einigung und der Verifikation.

[28] Mit dem Inkrafttreten des MediationsG hat der Begriff *Methode der Mediation* eine *juristische* Wendung bekommen. Im Verständnis des § 278 Abs. 5 S. 2 ZPO wird er synonym zur Verfahrensbedeutung verstanden [667]. In der hier abgebildeten Logik sind die Verfahren die Container [549][667], in denen die zuvor beschriebene Methodik abläuft.

Der Mediationsgegenstand

[29] Der Mediationsgegenstand ist der Gegenstand der Verhandlungen. Er wird paradoxerweise erst in Phase 2 festgelegt, wo die Themen zusammengestellt werden, über die zu verhandeln ist. Erst nach Phase zwei weiß der Mediator, was genau zu verhandeln ist. Soweit die Themensammlung den Streitgegenstand festlegt, hat sie durchaus auch eine rechtliche Bedeutung [209]. Die Festlegung des Mediationsgegenstandes hat aber auch eine psychologische Bedeutung. Sie weist den Krieg der Parteien aus, indem alle denkbaren Themen aufzulisten sind, und unterscheidet ihn von der Schlacht, indem nur die eventuelle Untermenge der zu verhandelnden Themen festgelegt wird. Die Themensammlung dient somit nicht nur der Festlegung des Mediationsgegenstandes, sondern auch der Herstellung des Kontextes, zu dem die zu verhandelnden Streitpunkte in Beziehung stehen. Mithin hat die Phase zwei auch eine strategische Bedeutung. Sie

verhindert eine Salamistrategie, mit der in der Konfrontation versucht wird, Themen zu verschleiern. Wegen dieser Effekte mag es als eine methodische Schwäche angesehen werden, wenn der Mediator Themen mit Argumenten und Interessen verwechselt. Es ist jedoch ein Mediationsfehler, wenn er in der Themensammlung nicht Wert darauf legt, festzustellen, ob sonstige Themen zu besprechen wären.

✎ Außerachtlassen möglicher Themen

[30] Spätestens seit dem Tätigkeitsverbot in § 3 entfaltet die Frage nach dem Mediationsgegenstand unter Umständen sogar unmittelbare Rechtswirkungen für den Mediationsvertrag [880]. Wenn dort von *derselben Sache* die Rede ist, verwendet der Gesetzgeber einen juristischen Terminus, der mit dem Begriff des Mediationsgegenstandes in Einklang zu bringen ist. Wenn in § 3 Abs. 2 beispielsweise von derselben Sache die Rede ist, aber in § 1 Abs. 1 vom Konflikt gesprochen wird, fragt es sich, wie die Sache zum Konflikt steht. Ein Konflikt ist keine Sache. Allerdings wird darüber verhandelt. Der Konflikt kann Anlass für eine Sache sein und dadurch zu einer Angelegenheit werden. Was also determiniert den Mediationsgegenstand? Ist es der Konflikt, oder die Sache, oder gar beides?

Problem und Konflikt

[31] Die *Sache* beschreibt eine Problemstellung, während der *Konflikt* die tiefer liegende Problemursache adressiert. Das gilt zumindest für die hier vertretene Konnotation des Begriffs Konflikt [663]. Womit also befasst sich

die Mediation und was ist ihr Gegenstand i.S.d. MediationsG? An und für sich legt die Mediation eine Unterscheidung zwischen Problem und Konflikt [663] nahe, auch wenn die sprachliche Gleichsetzung von Streit und Konflikt auf eine andere Handhabung des Gesetzgebers hindeutet [662]. Der Mediator korrigiert diese Verallgemeinerung, indem er Konfliktdimensionen⁵⁹ unterscheidet. Zu unterscheiden sind insgesamt fünf Konfliktdimensionen⁶⁰, wo die Probleme als reine Sachkonflikte von den Konflikten im Übrigen abzugrenzen sind⁶¹. Der Mediator weiß, dass jeder Konflikt zwar mit einem Problem korrespondiert. Er weiß aber auch, dass nicht jedes Problem ein Konflikt sein muss⁶². Die auf ein Problem bezogene Meinungsverschiedenheit stellt nicht zwangsläufig einen Konflikt dar⁶³. Die Notwendigkeit, Problem und Konflikt auseinanderzuhalten, hat einen psychologischen Hintergrund⁶⁴. In der Dynamik eines Konflikts ist auch das Fühlen und Wollen konzentriert auf Problemstellungen zu erfassen⁶⁵.

[32] Die Unterscheidung zwischen Problem und Konflikt mag auch aus dem Harvard-Konzept hergeleitet werden⁶⁶. *Fisher* und *Ury* empfehlen, "separate the people

⁵⁹ *Trossen* (Mediation handwerklich)

⁶⁰ *Trossen* unterscheidet zwischen den Dimensionen der Sach-, Beziehungs-, Werte, Struktur und Systemkonflikte.

⁶¹ Zur Unterscheidung der Begriffe Konflikt, Streit und Problem siehe auch Kuhn (Konflikt), S. 1

⁶² Kuhn (Konflikt), S. 1

⁶³ Dies ergibt sich aus der Konfliktdefinition von *Glasl* (2011), S. 17

⁶⁴ *Breinlinger* weist z.B. stets auf das unterschiedliche Verständnis von Konflikten bei Juristen und Psychologen hin.

⁶⁵ *Hofmann* (2008), S. II-18

⁶⁶ *Fisher, Ury: Getting to Yes; S. 17ff.*

from the problem". Gemeint ist die Trennung der Sachfragen von den persönlichen Belangen der Betroffenen. Die Sachfragen sind problembezogen. Der Konflikt ist, wenn es kein reiner Sachkonflikt ist, personenbezogen [663]. Es ist ein Leistungsmerkmal des Mediators, ob und inwieweit es ihm gelingt, auf den verschiedenen Ebenen zu kommunizieren und die zum Konflikt passenden Interventionen zur Verfügung zu stellen. Seine Kommunikation muss dazu beitragen, Problem, Konflikt und Lösung getrennt zu behandeln. Die Phasenlogik [21] hilft ihm dabei. Sie liefert die passende Struktur. Das Problem wird in der Phase zwei erkannt, der Konflikt in Phase drei. Die Lösungen bleiben der Phase vier vorbehalten.

✎ Keine Abgrenzung zwischen Problem und Konflikt

[33] Wenn möglich (wie bei der transformativen Mediation) wird der eigentliche Konflikt gelöst. Es ist aber auch denkbar⁶⁷ das vordergründige Problem zu lösen, ohne an dem zugrunde liegenden Konflikt zu arbeiten. Der Mediator ist gehalten, diesen Unterschied deutlich zu machen. Die Unterlassung stellt einen Mediationsfehler dar.

✎ Problem und Konfliktlösung nicht differenziert

[34] Konsequenzen aus der notwendigen Differenzierung ergeben sich nicht nur für die Wahl des passenden Verfahrens⁶⁸, sondern auch für die Durchführung der Mediation, also die abgestimmte Bearbeitungstiefe und –weise [77], mithin also auch für die Kostenfrage und die Frage der zu erzielenden Nachhaltigkeit des Ergebnisses.

⁶⁷ Wie bei der evaluativen oder der facilitativen Mediation

⁶⁸ Bei Konflikten bis zur Eskalationsstufe drei genügt nach Glasl eine Moderation; *Glasl* (2011)

Schließlich ergeben sich Auswirkungen auf die Frage der Abgrenzung „derselben Sache“ [880] und dem Tätigkeitsverbot des § 3 Abs. 2 [870].

Interesse und Bedürfnis

[35] Der Mediationsgegenstand wird nicht nur durch das Problem, sondern zumindest auch durch den Konflikt bestimmt. Der Konflikt geht über die Sachfragen hinaus. Angesprochen werden die Interessen und Bedürfnisse. Jeder Mediator sollte sich über die unterschiedlichen Konnotationen des Begriffs "Interesse" bewusst sein. Anders als im juristischen und im umgangssprachlichen Gebrauch bezeichnen die Interessen in der Terminologie der Mediation *nicht* die verfolgten Ziele oder Vorteile. Als Fachbegriff der Mediation hat das Interesse eine vollkommen andere Bedeutung. Die Mediation verwendet den Begriff auch nicht im psychologischen Verständnis, wo Anteilnahme ausgedrückt werden soll. Im juristischen Verständnis wird das Interesse nach objektiven, also sachlichen Kriterien ermittelt⁶⁹. In der Mediation kommt es auf die subjektive Seite an. Das Interesse im juristischen Verständnis entspricht eher dem, was Mediatoren als die Position bezeichnen. Um das Interesse i.S.d. Mediation zu verstehen, mag der Begriff auf den sprachlichen Ursprung reduziert und unter dem französischen Einfluss von *intérêt* begriffen werden. Dort wird Interesse als Nutzen übersetzt⁷⁰. Man könnte das Interesse im Verständnis der Mediation also mit dem subjektiv erwart-

⁶⁹ BGH Senat für Anwaltssachen, AnwZ (Brfg) 35/11, Urteil vom 23.04.2012, AnwBl 2012, 769-771

⁷⁰ Zur Begrifflichkeit siehe *Duden* (Interesse)

teten Nutzen umschreiben. Der Nutzen steht dem Zweck⁷¹ näher als der Lösung. Er lässt sich aus den für die justizielle Betrachtung zu vernachlässigenden Streitmotiven ableiten. Im *Lösungspentagramm*⁷² ergibt sich die Motivation zum Streiten aus dem Antrieb, Mängel ausgleichen zu wollen. Der erlittene Mangel führt zu einem Bedürfnis, das seine Befriedigung in der Mangelbeseitigung findet. Der Nutzen stellt sich ein, sobald das Bedürfnis gedeckt und der Mangel beseitigt ist. Dazu ein Beispiel: Ein erlebter Mangel bewirkt ein Bedürfnis. Das Bedürfnis drückt sich in einem Gefühl aus. Ein Mangel an Nahrung äußert sich demnach im Gefühl Hunger. Es besteht ein Bedürfnis nach Nahrungsaufnahme. Das Interesse gründet darauf und richtet das Handeln entsprechend der gegebenen Optionen aus. Mithin ergibt der Hunger die Ausrichtung des Sättigens. Die sich daraus ergebende Problemlösung könnte sein, in ein Restaurant zu gehen. Das Interesse ist somit die Brücke zwischen Bedürfnis und Lösung aber auch zu anderen, zuvor verborgenen Lösungsmöglichkeiten. Außer in ein Restaurant zu gehen, gibt es viele Wege, den Hunger zu stillen. Das Interesse hat zwei Bezugspunkte. Der eine ist auf seine Herkunft gerichtet, der andere auf seinen Ausgang. Mediatoren interessieren sich mehr für die Herkunftsseite, weil sie dort die Hinweise auf ungedeckte Bedürfnisse finden. Die Herkunftsseite des Interesses ist nah bei den Motiven. Juristen verstehen den Interessenbegriff der

⁷¹ Zur Begrifflichkeit siehe *Duden* (Nutzen)

⁷² *Trossen* (Mediation visionär), Kapitel: „Das Lösungspentagramm“. Auch: Wikipediatio (Lösungspentagramm)

Mediation deshalb am besten, wenn anstatt von Interessen von Motiven gesprochen wird.

[36] **Interessen (im hier verstandenen Sinne) und Bedürfnisse können sich nicht widersprechen**⁷³. Sie können aber die Ausrichtung des Handelns verändern. Der Widerspruch ergibt sich dann *nicht* aus dem Bedürfnis oder dem Interesse, sondern aus der Handlungsrichtung. Wenn der Hungrige im obigen Beispiel zugleich das Bedürfnis hat, gut aussehen zu wollen und wenn das für ihn bedeutet, Gewicht abzunehmen, dann werden zwei Bedürfnisse im scheinbaren Wettbewerb sogar als gegenläufig wahrgenommen. Tatsächlich sind es aber nicht die Bedürfnisse, die kollidieren, sondern die darauf bezogenen Handlungsausrichtungen. **Die Kollision liegt somit stets auf der Lösungsebene, nicht auf der Bedürfnisebene.** Diese Erkenntnis macht sich der Mediator zu eigen, wenn er den Konflikt über das Problem hinaus zunächst auf die Interessen- und gegebenenfalls bis auf die Bedürfnisebene zurückführt. Hier findet er die Grundlage zu anderen Handlungsausrichtungen, die sich in anderen Lösungsoptionen manifestieren und ebenfalls - oder sogar noch besser - zur Bedürfnisbefriedigung geeignet sind.

[37] Ein anderes Beispiel: Ein Mediant möchte sich trennen. Das ist seine Lösung. Er hat das Bedürfnis nach Nähe, das sein Partner nicht mehr gewährleisten kann. Das Bedürfnis nach Nähe hat der andere Partner auch. Er

⁷³ Deshalb dient der Übergang von Phase 2 auf Phase 3 kognitionspsychologisch zur Auflösung der zuvor festgestellten und anerkannten Widersprüche.

befriedigt dieses Bedürfnis durch Nähe zum anderen Medianden. Beide haben das gleiche Bedürfnis. Der Weg, wie sie ihr Bedürfnis befriedigen wollen, weicht voneinander ab. Mit der Aufdeckung der Bedürfnisse erzielt der Mediator mindestens eine größere Akzeptanz der gefundenen Lösung. Im besten Fall erlaubt sie es, andere Wege zu finden, die beide Seiten befriedigen können. Das ist der Grund, warum der Mediator über die Interessenerhellung eine einvernehmliche Lösung herbeiführen kann. Die streitigen Sachverhalte (Problemstellungen) finden auf der Interessenebene oft eine übereinstimmende Schnittmenge. Was sich widerspricht, sind die Lösungsansätze, also das, was der Mediator Positionen nennt (und was der Jurist als Interessen bezeichnen würde!). Gelingt es ihm, die Positionen auf die Interessen [35] zurückzuführen, ergeben sich weitere Lösungsoptionen. Gelingt es ihm die Interessen auf die Bedürfnisse zurückzuführen, befindet er sich auf einer noch tieferen Ebene aus der heraus noch mehr Lösungen denkbar werden. Aus der Sicht des Mediators variiert der Mediationsgegenstand deshalb abhängig von dem anzuwendenden Mediationsmodell [77] und dem Auftrag. Er kann sich auf das vordergründige Problem beschränken oder auf die Beseitigung des zugrunde liegenden Konfliktes erstrecken. Der Auftrag bestimmt die Bearbeitungstiefe in Phase drei.

Die Grundsätze der Mediation

[38] Wenn von der Mediation die Rede ist, werden Prinzipien angeführt. **Die Prinzipien sind von Eigenschaften zu unterscheiden.** Während Eigenschaften das We-

sen und den Charakter einer Sache (oder in diesem Fall eines Verfahrens) beschreiben, benennen Prinzipien die Bedingungen ihrer Durchführung. Das MediationsG wie auch die meisten Standards werten die Prinzipien der Mediation zu Definitionsmerkmalen auf. Entsprechend der gesetzlichen Benennung lassen sie sich wie folgt einteilen:

- Prinzipien betreffend das Verfahren:
Vertraulichkeit (§§ 1 Abs. 1, 4),

Anmerkung: Vertraulichkeit ist eine Bedingung für die Lösungssuche, die Kooperationsbereitschaft und für den Schutz der Mediation vor Missbrauch.

- Prinzipien betreffend die Medianden:
Freiwilligkeit (§§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 2 und 5) [673],
Eigenverantwortlichkeit (§ 1 Abs. 1),

Anmerkung: Die Freiwilligkeit erzeugt Machtbalance und garantiert die Verfahrenskontrolle durch die Medianden. Die Eigenverantwortlichkeit ist für die Rollenverteilung von Bedeutung und mithin für die Verwirklichung des Kommunikationsmodells verantwortlich.

- Prinzipien betreffend den Mediator:
Neutralität (§ 1 Abs. 2)/Allparteilichkeit (§ 2 Abs. 3) Allparteilichkeit [705], Indetermination [706] (statt fehlende Entscheidungsbefugnis) (§ 1 Abs. 2).

Anmerkung: Neutralität ist eine Bedingung der Verstehensvermittlung. Die fehlende Beeinflussung korrespondiert mit der Eigenverantwortlichkeit.

Darüber hinaus gibt es nicht oder nicht ausdrücklich ausgewiesene Prinzipien:

- Prinzipien betreffend das Verfahren:
Ergebnisoffenheit [740], Transparenz, Konsensprinzip

Anmerkung: Ergebnisoffenheit ist eine Bedingung für die Lösungssuche. Transparenz ist eine Bedingung für die Eigenverantwortlichkeit.

- Prinzipien betreffend die Medianden:
Autonomie, Informiertheit (evtl. § 2 Abs. 6), Offenheit.

Anmerkung: Autonomie ist eine Bedingung für die Eigenverantwortlichkeit. Informiertheit ist eine Bedingung dafür, dass die Parteien sich Angebote (in Phase 4) machen können. Die Offenheit ist eine Bedingung für die Informiertheit.

- Prinzipien betreffend den Mediator:
Werte- und Meinungsfreiheit, Gleichbehandlung [792]

Anmerkung: Die Wertefreiheit korrespondiert mit der nicht determinierenden Sachbeteiligung, ist aber auch eine Bedingung der Neutralität.

Die Prinzipien werden bei den Tatbestandsmerkmalen des § 1 [666]ff. ausführlich beschrieben und erörtert.

Das Wesen der Mediation

[39] Man mag darüber streiten, ob beispielsweise die Freiwilligkeit ein den Parteien zuzuordnendes Handlungsprinzip ist, eine Eigenschaft des Verfahrens, oder

beides. Ohne einen expliziten Ausweis oder eine Unterscheidung, benennt die gesetzliche Definition in § 1 Abs. 1 und 2 sowohl Prinzipien wie auch Eigenschaften als Identifikationsmerkmale. Übersehen wird, dass die Tatbestandsmerkmale in einem korrelativen Zusammenhang stehen. Manche sind kausal miteinander verknüpft, sodass sich Interdependenzen ergeben. Sie begründen Abhängigkeiten und können zu Einschränkungen führen. An der Art und Weise der logischen Verknüpfung lassen sich hinter den Eigenschaften verborgene Prinzipien als die Bedingung für das Eintreffen einer Eigenschaft ausfindig machen. Es ist wichtig, diesen Unterschied herauszustellen, um methodisch korrekte Gesetzesauslegungen zu ermöglichen und Zirkelschlüsse zu vermeiden. **Die Mediation lässt sich nur über ihren Inbegriff erläutern.** Die Gesetzesauslegung muss den inneren Zusammenhang berücksichtigen, indem sie aufdeckt, wo sich die tatbestandlichen Merkmale des § 1 Abs. 1 und 2 wechselseitig beeinflussen und limitieren. Wenn die Wertefreiheit des Mediators beispielsweise lediglich eine Bedingung für seine Neutralität darstellen soll, sind Wertungen möglich, soweit sie der Neutralität des Mediators nicht widersprechen.

[40] Die Gleichstellung von Eigenschaften und Prinzipien ruft Zirkelschlüsse hervor. Ein Beispiel ergibt sich aus der definitorischen Einbeziehung des Prinzips der Vertraulichkeit. Der Zirkelschluss tritt auf, sobald eine Mediation etwa durch eine Fernsehübertragung dokumentiert werden soll. Die aus der Fernsehübertragung resultierende Öffentlichkeit verneint das Tatbestandsmerkmal der Vertraulichkeit, sodass eine öffentliche Mediation

keine Mediation i.S.d. MediationsG sein kann. Ihr fehlt die Eigenschaft Vertraulichkeit, obwohl das Verfahren durchaus als eine Mediation abgewickelt wird. Das Beispiel belegt, wie leicht es zu Einschränkungen kommt, wenn Ausführungsbedingungen (Prinzipien) zu Eigenschaften (Identifikationsmerkmalen) aufgewertet werden.

[41] Soweit sich Tatbestandsmerkmale gegenseitig beeinflussen, sind die bestimmenden Merkmale herauszuarbeiten. Das sind die Eigenschaften. Gemessen an ihnen sind Prinzipien nicht mehr als die kausalen Voraussetzungen (Bedingungen), damit die Eigenschaften zum Tragen kommen. Sie sind Bedingungen, die aus den Eigenschaften zu determinieren sind und nicht umgekehrt. Die Regel lautet deshalb: **Die Prinzipien müssen sich den Eigenschaften anpassen, nicht die Eigenschaften an ihren Bedingungen.**

[42] Wird die Vertraulichkeit in ihrer kausalen Korrelation als eine Bedingung und nicht als Eigenschaft erkannt, dann könnte die Beurteilung der Frage, ob eine im Fernsehen übertragene Mediation noch eine Mediation sein kann davon abhängig gemacht werden, ob und inwieweit die Parteien durch die Öffentlichkeit gehindert sind, sich frei und offen zu äußern. Die Vertraulichkeit ist zweifellos eine Bedingung, damit diese Eigenschaft zum Tragen kommen kann. Sie ist allerdings keine notwendige Bedingung, wenn die Offenheit dennoch oder anders zu erzielen ist. Das wäre der Fall, wenn die auszutauschenden Inhalte von ihrer Beschaffenheit auch bei Kenntnisnahme durch Dritte nicht missbraucht werden

können. In einem solchen Fall ist die Vertraulichkeit nicht wesensbestimmend. Sie kann vernachlässigt werden.

[43] Der hier verfolgte Ansatz erlaubt eine für die Anwendung des Gesetzes hilfreiche und methodisch herzuleitende Differenzierung [747]. Sie setzt allerdings die Festlegung voraus, was Eigenschaften und was Bedingungen (Prinzipien) der Mediation sind und gegebenenfalls in welchem Verhältnis die Prinzipien zueinander stehen. Über diese Fragen kann im Einzelfall trefflich gestritten werden. Die Abgrenzung fällt nicht leicht, weil Bedingungen, Eigenschaften und Folgen in einem systemischen Zusammenhang stehen, komplexe Bezüge aufweisen und sich wechselseitig beeinflussen.

[44] Die nachfolgend aufgeführten Eigenschaften sind als ein Vorschlag zu verstehen. Sie beschreiben die charakterisierenden Merkmale der Mediation:

- Mediation ist ein Erkenntnisprozess

Anmerkung: Hierbei handelt es sich um ein wesentliches Merkmal. Es stellt heraus, dass die Mediation eine gedankliche Klärung anstrebt. Gleichzeitig wird der Fokus vom Ergebnis weg auf den Prozess gelenkt. Das Prozessmanagement der Mediation wird herausgestellt um daraus, zusammen mit dem Konfliktmanagement ein Erkenntnismanagement zu generieren. Die Eigenschaft „Erkenntnisprozess“ unterscheidet die Mediation von allen anderen Verfahren.

- unter *Einbeziehung einer dritten Person/Instanz* als Reflexionsebene,

Anmerkung: Auch das ist ein wesentliches Merkmal. Es definiert die Mediation als ein triadisches Verfahren, wodurch die Kommunikationsstruktur festgelegt wird. Die Errichtung einer

Reflexionsebene erfordert die Einbeziehung einer neutralen Instanz. Das Arbeitsbündnis erschließt sich als die Phase, in der die Metaebene errichtet und der Rahmen für die Verhandlungen festgelegt wird.

- deren Aufgabe darin besteht, Verstehen (nicht Lösungen) zu vermitteln,

Anmerkung: Hier wird die Art der Verstehensvermittlung in Abgrenzung zur Schlichtung definiert. Es wird weiterhin herausgestellt, dass wechselseitiges Verstehen die Basis für die eigenständige Lösungsfindung ist. Schließlich erfolgt eine Abgrenzung zur Streitentscheidung, was ein weiteres charakteristisches Verfahrensmerkmal ist.

- ohne auf die Lösungsfindung einen determinierenden Einfluss zu nehmen,

Anmerkung: Damit stellt sich das Kommunikationsmodell her, das die Durchführung einer eigenverantwortlich kommunikativen Lösungsfindung ermöglicht.

- sodass die Mediatoren selbst in der Lage sind,

Anmerkung: Hiermit wird der Fokus auf die Parteien gelenkt und der Zweck des Handelns des Mediators festgelegt. Es ist der Maßstab, an dem sich die Einflussnahme des Dritten messen lässt.

- nach einer einvernehmlichen Lösung zu *suchen*,

Anmerkung: Der Schwerpunkt liegt auf der *Suche* nach Lösungen. Die Einigung i.S.d. Mediationsabschlussvereinbarung ist deren Umsetzung und nicht das eigentliche Ziel. Das Einvernehmen deutet auf eine win-win Lösung hin.

- die der Komplexität der Problemstellung gerecht wird.

Anmerkung: Hier wird eine Fähigkeit der Mediation angesprochen, die sie von anderen Verfahren abgrenzen lässt und es ihr erlaubt, sich auf alle Konfliktdimensionen einzulassen.

Die Mediationswerkzeuge

[45] Wenn von Werkzeugen in der Mediation die Rede ist, werden oft die *Techniken* angeführt. Techniken haben allerdings keine eigenständige Bedeutung. Umso wichtiger ist es, ihre Relation im Zusammenspiel von Verfahren, Methoden und Eigenschaften [39] zu verstehen und sich aus einem monokausalen Denken zu lösen. **Die Wirkungen der Mediation stellen sich nur aus dem Zusammenspiel der sich aus dem Verfahren, der Methodik und den Techniken ergebenden Einflüsse her.**

Verfahren, Methoden und Techniken

[46] Für das Verständnis der Mediation und für den Umgang mit den in der Mediation zur Verfügung stehenden Werkzeugen ist zunächst die Auseinandersetzung mit den in der Praxis uneinheitlich verwendeten Begriffen Verfahren, Methoden und Techniken angebracht. Ihre Klärung trägt dazu bei, die Systematik hinter der Mediation besser zu verstehen. Eine Differenzierung ist auch juristisch indiziert, denn *das Verfahren* bestimmt nicht nur den Verfahrensgegenstand [880] sondern auch das anzuwendende Verfahrensrecht [407].

[47] Definitionsgemäß ist das Verfahren nur schwer von der Methode zu unterscheiden. Allgemein wird es als eine bestimmte Art und Weise definiert, nach der jemand

bei seiner Arbeit vorgeht⁷⁴. Die Methode hingegen wird definiert als ein regelhaftes Verfahren zur Erlangung von (wissenschaftlichen) Erkenntnissen⁷⁵ oder als der Weg, auf dem man zu einem angestrebten Ziel gelangen kann. Methode und Verfahren scheinen sich ähnlich zu sein. Trotzdem gibt es einen Unterschied, spätestens dann, wenn die Methode im Verfahren aufgehen soll⁷⁶. Im juristischen Verständnis könnte das Verfahren als ein Container verstanden werden, aus dem sich sowohl das Ziel als auch der (rechtliche) Rahmen der anzuwendenden Methode(n) ableiten lässt [667]. Um ein bestimmtes Ziel zu erreichen, bedarf es eines Plans, der möglichst zuverlässig, schnell und zielführend ist. Das ist die Methode. In der Mediation sind die zielführenden Methoden die des Verstehens, Vermittelns und Verhandeln [25]. Die Festlegung des Ziels ergibt sich aus dem Verfahren. Bei der Mediation ist das Ziel, eine einvernehmliche Lösung zu finden. Das Ziel definiert den Weg. Um das Ziel zu erreichen, werden Hilfsmittel benötigt. Das sind die Techniken. Sie werden methodenabhängig eingesetzt. Die Methode ist sozusagen die Software, die Techniken sind die Hardware und das Verfahren ist die strategische Ausrichtung, die zugleich den Rahmen herstellt und mit dem Betriebssystem zu vergleichen ist, in dem die Methoden und Techniken zur Anwendung kommen. Wegen des veränderten „Betriebssystems“ macht es einen Unterschied, ob die Methodik der Mediation in einem Mediations- oder in einem Gerichtsverfahren eingesetzt wird.

⁷⁴ Duden (Verfahren); Wikipediation (Verfahren)

⁷⁵ Duden (Methode); Wikipediation (Methode)

⁷⁶ Anm.: Was beim Güterichterverfahren der Fall ist

Um diesen Unterschied herauszuarbeiten, ist eine weitere Differenzierung zwischen *Verfahren* und *Methode* geboten. Metaphorisch lässt sich die Beziehung von Verfahren, Methoden und Techniken wie folgt beschreiben: Ein Auto (Technik), hat keinen Nutzen, wenn man nicht weiß, wie damit umzugehen ist (Methode). Um das Auto zweckgerecht als ein Transportmittel zu benutzen, sollte man wissen, wo man sich befindet und wohin man damit fahren will (Verfahren).

[48] In der mediativen Praxis werden die Begriffe Verfahren, Methode und Technik intuitiv und mitunter synonym aber weder einheitlich noch konsistent verwendet. Diese Ungenauigkeit erschwert das systematische Verständnis der Mediation. Viele Diskussionen und Irritationen – auch die um den Güterichter – hätten wohl vermieden werden können, wenn die hinter den Begriffen verborgene Systematik mit der Mediation in Bezug gesetzt worden wäre. Das Gesetz definiert die Mediation nunmehr in § 1 legal als ein *Verfahren* [667]. Das Verfahren verleiht der Mediation ihre Eigenständigkeit. **Es ist der Container, in dem die Methoden der Mediation ideal aufeinander abgestimmt zur Anwendung kommen.** An anderer Stelle hat der Gesetzgeber die Mediation als eine Methode bezeichnet [49]. Der nicht-juristische Leser mag die nunmehr gebotene Unterscheidung zwischen Methode und Verfahren für spitzfindig halten. Juristisch gesehen ergeben sich aus ihr jedoch ganz unterschiedliche Rechtsfolgen.

Die Methode der Mediation

[49] Spätestens seit dem in § 278 Abs. 5 ZPO (Zivilprozessordnung) eingefügten Zusatz, wonach der Güterichter „alle Methoden der Konfliktbeilegung einschließlich der Mediation“ einsetzen darf (soll), hat der Begriff „Methode der Mediation“ auch eine juristische und tatbestandliche Bedeutung erhalten. Die Unterscheidung zwischen der Mediation (als Verfahren) oder der Methode der Mediation entscheidet über die Anwendbarkeit des MediationsG [746]. Das MediationsG ist lediglich für *Verfahren der Mediation* einschlägig. Es ist nicht anzuwenden, wo die *Methode der Mediation* innerhalb anderer Verfahren eingesetzt wird.

[50] Trotz der juristisch gebotenen Unterscheidung versteht der Gesetzgeber die Begriffe *Methode* und *Verfahren* zumindest inhaltlich synonym⁷⁷. Noch in der Begründung der Bundesregierung zu § 2 Abs. 3 Ziff. 4 RDG (Rechtsdienstleistungsgesetz) wurde die Mediation wie folgt definiert: „Der Begriff Mediation bezeichnet die *Methode* der außergerichtlichen Konfliktbearbeitung, in der ein neutraler Dritter (Mediator) die Beteiligten dabei unterstützt, ihren Streit im Wege eines Gesprächs beizulegen und selbständig eine für alle Seiten vorteilhafte Lösung zu finden, die dann evtl. in einer Abschlussvereinbarung protokolliert wird“. Wer die Zuschreibung der „Methode der Mediation“ in § 278 Abs. 5 S. 2 ZPO als die singuläre Zuschreibung *einer* Methode der Mediation versteht, übersieht, dass in der Mediation mehrere Methoden [27], also eine ganze Methodik, zur Anwendung

⁷⁷ BT-Drucks. 16/3655, Seite 50

kommen. Die maßgeblichen Methoden sind die des Verstehens, Vermittelns und Verhandelns⁷⁸. Sie stehen in einem systematischen Zusammenhang, der über das Mediationsverfahren hergestellt und koordiniert wird. Richtigerweise ist § 278 Abs. 5 S. 2 ZPO daher so zu lesen, dass der Güterichter alle Methoden der Konfliktbeilegung einschließlich *einzelner oder aller* Methoden der Mediation innerhalb eines anderen Verfahrens einsetzen darf. Das Verfahren bildet immer den äußeren Rahmen. Es entscheidet darüber, welche Methoden zulässig und möglich sind und welche nicht.

Mediative Techniken

[51] Oft ist von mediativen Techniken die Rede, die außerhalb der Mediation eingesetzt werden. Bei der Anwendung mediativer Techniken handelt es sich weder um eine Mediation noch um eine Mediationsform. Gemeint ist die Verwendung von Elementen der Mediation außerhalb des verfahrensmäßigen Ablaufs einer Mediation. Ganz abgesehen davon, dass mediative Techniken meist die Techniken der Gesprächstherapie sind⁷⁹, besagt deren Verwendung (also die Verwendung der Hardware) nichts über ihre Verwendungsform und ihre Verwendungsweise. Dieselben Techniken können für unterschiedliche Zwecke eingesetzt werden. Wenn von mediativen Techniken die Rede ist, mag dies auf den Verwendungszweck der Techniken (zur Verwirklichung der Mediation) eher als auf deren Ursprung (aus der Mediation

⁷⁸ *Trossen* (Mediation handwerklich)

⁷⁹ Auflistung der Techniken: *Trossen* (Mediation grundlegend), S. 147 ff. auch: Wikipediaion (Werkzeugkoffer)

stammend) hindeuten. Die Möglichkeiten ihrer Verwendung ergeben sich aus dem zugrunde liegenden Verfahren. Die Verwendungsweise ergibt sich aus der anzuwendenden Methode. Wenn ich im Krieg nett rede (Gesprächstechniken anwende), dann habe ich zwar einen netten Krieg. Aber ich führe immer noch einen Krieg. Man kann ein gutes Küchenmesser für traditionelle Hausmannskost, Nouvelle Cuisine oder molekulare Küche verwenden. Allein weil derzeit molekulare Küche als „letzter Schrei“ gilt, wird man aber nicht auf die Idee kommen, die Verwendung des Küchenmessers als Anwendung von Techniken der molekularen Küche außerhalb der molekularen Küche zu preisen. Das ist der Grund, warum die zusammenhanglose Verwendung von Techniken ohne die dazugehörige Methodik und außerhalb des ihre Anwendung vorgebenden Verfahrens nicht effizient sein kann und die Mediation in keinem Fall zu ersetzen vermag.

Der Werkzeugkoffer des Mediators

[52] Fasst man die dem Mediator zur Verfügung stehenden Werkzeuge in einem Werkzeugkoffer⁸⁰ zusammen, dann bedarf er zur Komplettierung *mehr* als das Verfahren, die Methoden und die Techniken. Ausgangspunkt für die Zusammenstellung des Werkzeugkoffers ist die Erkenntnis, dass die Techniken den Methoden unterzuordnen sind. Sie erlangen ihre Zweckbestimmung erst aus der mit der Methodik beschriebenen Verwendung. Die unterschiedlichen Methoden beschreiben Abläufe. Ihr

⁸⁰ *Trossen* (Werkzeugkoffer),
Auch: Wikipediation (Werkzeugkoffer)

Ziel wird durch das Verfahren vorgegeben. Die Methoden werden anhand dieser Zielvorgabe untereinander koordiniert. Dabei werden die Methoden ganz wesentlich durch die sich aus dem Verfahren ergebende Denkweise (innere Einstellung, Haltung) geprägt. Die Mediation wird schließlich durch das Setting beeinflusst. Das Setting beschreibt die Gesamtheit von Merkmalen der Umgebung, in deren Rahmen das Verfahren stattfindet⁸¹. Alle Elemente des Werkzeugkoffers müssen an dem Wesen der Mediation [39] ausgerichtet werden.

[53] Mithin ergeben sich die folgenden, nach Wichtigkeit und Bedeutung sortierten Unterscheidungen⁸²:

- Wesen der Mediation (Charakteristik) [39].
- Haltung (innere Einstellung, Denkweise).
- Struktur (innere Phasenlogik [21], Trennung der Ebenen, Beziehungen und Dimensionen, Überführung in geordnete Denkschritte⁸³).
- Prinzipien (Bedingungen zur Absicherung und Durchführung der Mediation z.B. Freiwilligkeit, Vertraulichkeit, ...).
- Methodik (Beschreibung der Vorgehensweise, wie z.B. Verstehen, Vermitteln, Verhandeln).
- Techniken (Tools zur Verwirklichung der Methodik wie Interventionstechniken, Gesprächstechniken, Kreativtechniken usw.).
- Setting (Arbeits- und Umgebungsbedingungen, strategische Vorgaben).

⁸¹ Duden (Verfahren)

⁸² Mehr über die Werkzeuge und den Werkzeugkoffer siehe *Trossen* (Mediation grundlegend), S. 147 ff.

⁸³ Siehe *Trossen* (präzises Zuhören)

[54] **Nur wenn die Werkzeuge aufeinander abgestimmt sind, entfaltet sich ihre mediative Wirkung.** Jedes einzelne Werkzeug für sich gesehen ist völlig wirkungslos. Erst das Zusammenspiel erschließt deren Effizienz. Die sich aus dieser Komplexität ableitenden, den variablen Einflüssen unterliegenden Entscheidungsoptionen sind derart vielfältig, dass sich die Mediation nicht einmal in einem Flussdiagramm abbilden lässt. Trotzdem soll die Beschreibung des Verfahrens dazu beitragen, mit der sich aus den Kombinationsmöglichkeiten ergebenden Komplexität zurechtzukommen⁸⁴.

[55] Man könnte das Verfahren mit einer Wegbeschreibung vergleichen, für die ein vorgegebenes Set an Interventionen bereit steht. Diese Metapher verdeutlicht einen immanenten Widerspruch, dessen sich Mediatoren bewusst sein sollten. Eine Bewusstheit sollte allerdings auch darüber bestehen, dass die Stereotypisierung einerseits die zweckgenaue Anwendung und Erlernbarkeit der Werkzeuge erleichtert. Andererseits limitiert die mit der Stereotypisierung einher gehende Formalisierung die Einsatzmöglichkeiten der Werkzeuge entsprechend den vorgegebenen Zuständigkeiten.

[56] Aus der Sicht der Parteien deckt die das Verfahren repräsentierende Wegbeschreibung immer nur einen Teil des Weges ab, den jede Partei bis zur Konfliktbewältigung zurückzulegen hat. Keines der bekannten Verfahren besitzt eine Allkompetenz, auch wenn die Neigung dazu besteht, dies zu unterstellen. Die juristisch und formal gegeneinander abzugrenzenden Verfahren kön-

⁸⁴ Siehe *Trossen* (Mediation handwerklich)

nen die Parteien deshalb immer nur auf einem Teil des Weges begleiten, den sie zur Bewältigung ihrer Konflikte zurückzulegen haben. Auf ihrem Weg begegnen sie einer Verfahrenskonkurrenz, unter denen die Konfliktbetroffenen das für sie passende Verfahren auszuwählen haben. Sowohl der Betroffene, als auch der Berater und schließlich der Anwender müssen den Wirkungsgrad der jeweiligen Verfahren erkennen und erläutern können. Die Verortung der Mediation mag dabei nicht nur eine Hilfe sein, sondern auch eine Orientierung geben [57].

Verortung und Arten

[57] Die Mediation erlaubt eine große Bandbreite an Optionsmöglichkeiten und Verfahrensgestaltungen. Dementsprechend haben sich ganz unterschiedliche Ausprägungen der Mediation herausgebildet. Bis heute gibt es noch keine einheitliche Typologie. Ebenso wenig gibt es eine konsequente systematische Einteilung, obwohl sie die Voraussetzung für eine methodische Herangehensweise ist. Als eine sinnvolle und vor allem konsequente Systematik erweist sich eine hierarchisch strukturierte Differenzierung nach dem Mediationsradius, dem Mediationsmodell, der Mediationsform, dem Mediationsfeld, und dem Mediationsstil⁸⁵.

Mediationsradius

[58] Für die Mediation stellen sich grundlegend unterschiedliche Anwendungsbedingungen her. Abweichende

⁸⁵ Eine schematische Übersicht findet sich im Anhang auch: Wikipedition (Systematik)

Konnotationen des Begriffs Mediation und ein zu differenzierendes Verfahrensverständnis definieren den Radius, in dem die Mediation zur Anwendung kommen kann. Zu unterscheiden sind die formelle Mediation, die materielle Mediation und sonstige Implementierungen.

Formelle Mediation

[59] Spätestens mit dem Inkrafttreten des MediationsG wird die Mediation durchgängig als ein *Verfahren* [667] definiert und mit einem solchen gleich gesetzt. Allerdings kann der Verfahrensbegriff sowohl juristisch wie auch psychologisch verstanden werden. Das juristische Verständnis fokussiert die formalen Aspekte des Verfahrens. Es neigt dazu, das Verfahren einer Ordnung zu unterwerfen und monochronisch zu beschreiben. Allerdings unterliegt die Mediation keiner verbindlichen Verfahrensordnung [173]. Das Gesetz trägt diesem Umstand Rechnung, indem es nur einige Eckwerte und nicht den Verfahrensgang festschreibt. Die gesetzliche Mediation ist die naheliegende Anwendungsform der formellen Mediation. Sie mag als Mediation i.S.d. MediationsG verstanden werden. Weil das MediationsG nicht alle Mediationen im formellen Verständnis erfasst, ist es angezeigt, zwischen der „Mediation i.S.d. MediationsG“ (gesetzliche Mediation) [116] und der „Mediation im übrigen“ zu unterscheiden. In beiden Fällen ist die reine Mediation [115] der Prototyp, innerhalb dessen die forensische Mediation [117] einen eigenen Standort einnimmt.

Materielle Mediation

[60] Demgegenüber entspricht die Mediation im materiellen Sinne eher dem psychologischen Verfahrensverständnis. Der psychologische Zugang erlaubt es, den Vorgang in seiner Abfolge an und für sich zu betrachten. Er hinterfragt die Funktionalität mehr als die formalen Eckbedingungen und löst sich deshalb zwangsläufig von starren formalistischen Vorgaben. Soweit der mit der Mediation verbundene Kognitionsprozess dennoch möglich ist, mag in diesen Fällen (analog dem Begriff des materiellen Rechts und in Abgrenzung zur formellen Mediation) von einer materiellen Mediation gesprochen werden. Die materielle Mediation beschreibt den hinter der Mediation verborgenen Erkenntnisprozess⁸⁶. Anwendungsformen ergeben sich aus dem Bereich der Integrierten Mediation (verfahrens- oder gerichtsintegrierte Mediation) sowie der kooperativen Praxis aber auch der restaurative Justice.

Sonstige Implementationen

[61] Für Viele ist die Mediation weit mehr als nur ein Verfahren. Für sie ist sie zu einer Grundhaltung geworden. Sie ist eine Philosophie, belegt Lebensweisheiten, beschreibt Strategien und bildet die Basis für eine transdisziplinäre Wissenschaft. Das in der Mediation konzentrierte Wissen um konsensuale Konfliktbeilegungen ist nicht nur in dem nach außen abgestimmten und erkennbaren Verfahren der Mediation nutzbringend. Es wird auch zur Beschreibung von Führungsstilen bis hin

⁸⁶ Trossen (Mediation visionär)

zu allgemeinen zwischenmenschlichen Umgangsformen eingesetzt⁸⁷. Die Definition im MediationsG schließt es aus, derartige Implementierungen als Mediation zu bezeichnen, obwohl sie mitunter eine höhere Mediationskompetenz erfordern als in dem juristisch eher mechanistisch beschriebenen Prozess der Mediation. Der Gesetzgeber hat die Mediation per Legaldefinition zu einem Verfahren degradiert. Eindeutiger und die komplexe Kompetenz der Mediation bewahrend, wäre die Mediation als ein Oberbegriff zu verstehen. Das Mediationsverfahren wäre als ihr Anwendungsfall, also ein Unterbegriff zu bezeichnen, der Raum für andere Implementationen lässt. Obwohl anders geregelt, hatte der Gesetzgeber offenbar auch die umfassendere Konnotation des Mediationsbegriffs im Sinn. Warum sonst sah er sich in § 4 beispielsweise veranlasst, auf eine semantische Redundanz zurückzugreifen? Dort verwendet er den Begriff des „Mediationsverfahrens“, obwohl er die Mediation zuvor bereits als Verfahren definiert hat. Die Mediation i.S.d. MediationsG ist also identisch mit dem Mediationsverfahren. Der Legaldefinition folgend ist die Bezeichnung „Mediationsverfahren“ ein Pleonasmus.

[62] Trotz der Einführung des Mediationsgesetzes (oder sogar gerade wegen dieser Einführung) ist zu beobachten, dass der Mediationsbegriff ganz und gar nicht einheitlich gebraucht wird. Es bedarf noch immer der Klärung was gemeint ist, wenn von Mediation die Rede ist. Die Mediation ist vielschichtig und komplex. Die Idee eines attraktiven Marktes verstärkt die Diversifikation und

⁸⁷ Doetsch (Mediation)

erweitert den Anwendungsbereich. Weitere Kategorisierungen werden erforderlich, um den methodischen Zugang zur Mediation in einem heuristischen Verständnis zu gewährleisten⁸⁸. Die Unterscheidung der Mediationsmodelle erlaubt eine konsistente Disposition.

Mediationsmodell

[63] Die Mediation ist ein Verfahren der so genannten triadischen Phase. Bei den triadischen Verfahren ist im Gegensatz zu den monadischen und dyadischen Verfahren stets eine neutrale, dritte Person involviert.

Triadische Verfahren

[64] Die Verfahren der triadischen Phase⁸⁹ (triadische Verfahren) sind: Moderation, Mediation, Schlichtung, Schiedsgericht und Gerichtsverfahren. Allen triadischen Verfahren ist die Beteiligung eines neutralen Dritten gemeinsam⁹⁰. Ihre jeweilige Abgrenzung erfolgt aus der Position und der Funktionalität des Dritten heraus.

Verfahrensabgrenzung

[65] Die Ausführungen in der Begründung zum Gesetzesentwurf legen die jeweiligen *Tätigkeiten* des Dritten als das maßgebliche Unterscheidungskriterium der triadischen Verfahren nahe. Das Kriterium greift jedoch zu

⁸⁸ Übersicht im Anhang

⁸⁹ Der Ursprung dieses Begriffes lässt sich nicht mehr genau nachvollziehen. Detaillierte Beschreibungen auch zur Differenzierungsnotwendigkeit finden sich in *Trossen* (Mediation visionär)

⁹⁰ Triade bedeutet Dreiheit. Triadisch bedeutet: die Dreiheit betreffend oder auf die Dreiheit bezogen. Vgl. Duden (Triade)

kurz. Es schränkt nicht nur den Aktionsradius des Dritten unnötig ein. Es erlaubt ihm auch, den Charakter des Verfahrens in seinem Verlauf durch sein Tätigwerden beliebig zu verändern. Auf seine Handlungen abstellend, würde der Mediator die Mediation allein dadurch in eine Schlichtung umwandeln, indem er Lösungsvorschläge unterbreitet. Ganz abgesehen davon, dass es Mediationsmodelle [77] gibt, in denen Vorschläge möglich sind [83], würde eine auf die real durchgeführten Tätigkeiten abstellende Verfahrensdefinition die Festlegung des Verfahrens erst an seinem Ende erlauben. Weil das anzuwendende Verfahren jedoch schon *vor* der Aufnahme der geschuldeten Tätigkeit definiert sein muss, kann es nicht die *durchgeführte* Handlung sein, die das Verfahren determiniert. So wenig wie ein Abbruch der Mediation dazu führt, die Mediation als ungeschehen zu betrachten, kann auch die im Verlauf des Verfahrens vorgenommene, vom Verfahren abweichende Tätigkeit nicht – wenigstens nicht *ex tunc* – das Verfahren umdefinieren. Die Tätigkeit muss sich *am Verfahren* messen lassen, nicht umgekehrt. **Entscheidend für die Qualifizierung des Verfahrens ist nicht das konkret nachweisbare, sondern das vereinbarte Verhalten.**

✍ Änderung der Definition in § 1 Abs. 1 und 2

[66] Die Abgrenzung der Verfahren erfolgt zutreffend über eine Beschreibung, die das *erforderliche* Verhalten typisiert. Darauf abstellend lassen sich die Streitvermittlungsverfahren von den Streitentscheidungsverfahren unterscheiden

Triadische Streitbeilegungsverfahren			
Streitvermittlung		Streitentscheidung	
Mediation	Schlichtung	Schiedsgericht	Gericht

Die Schwierigkeit und die Notwendigkeit einer korrekten Verfahrensbeschreibung lassen sich anhand der Abgrenzung der Verfahren der Streitvermittlung, also anhand der Verfahren der Schlichtung und der Mediation eindrucksvoll darlegen.

Abgrenzung Schlichtung / Mediation

[67] Zumindest in Deutschland wird die Unterscheidung zwischen Schlichtung und Mediation in der professionellen Welt sehr scharf gezogen. Das Wort *Schlichtung* leitet sich vom althochdeutschen *slihten* ab. Es mag als *ebnen* oder *glätten* aufgefasst werden. Die Schlichtung, so das Lexikon⁹¹, beschreibt den Fall, wo ein unbeteiligter Dritter zwischen streitenden Parteien *vermittelt*, um deren Streit beizulegen. Genau das geschieht in der Mediation aber auch. Eigentlich wäre die Mediation somit eine Anwendung der Schlichtung. Weil die Schlichtung in der Fachwelt inzwischen jedoch als ein zur Mediation im Wettbewerb stehendes Verfahren abgegrenzt wird, ist sie – anders als im umgangssprachlichen Gebrauch – nicht mehr als Oberbegriff für die Verfahren der Streitvermittlung zu verwenden. Als neuer Oberbegriff bietet sich der Begriff „Streitvermittlung“ an. Unter ihn sind die Schlichtung und die Mediation zu subsumieren. Diese Unterteilung entspricht dem Gesetzeswortlaut, wo die Mediation als *Mediationsverfahren* und die Schlichtung

⁹¹ Duden (Begriff), Schlichtung

dementsprechend als Schlichtungsverfahren eingeführt werden. Die sprachliche Systematisierung verdeutlicht, dass sowohl der Schlichter wie auch der Mediator Streitvermittler sind.

[68] Oft wird zur Abgrenzung zwischen der Mediation und der Schlichtung auf das Handeln des Mediators abgestellt. „Der Mediator macht keine eigenen Vorschläge“, heißt es. Das Gesetz äußert sich dazu nicht. Die Begründung zum Gesetzesentwurf führt aus: „(Die Mediation) unterscheidet sich ... von anderen Verfahren, in denen die den Streit schlichtende Person den Parteien eine bestimmte Konfliktlösung vorschlagen kann (Schlichtung) oder der Streit der Parteien durch einen Dritten entschieden wird (gerichtliches Verfahren und Schiedsgerichtsverfahren)“⁹². Diese Beschreibung scheint den Umkehrschluss nahe zu legen, dass es dem Mediator verwehrt sei, Vorschläge zur Konfliktlösung zu unterbreiten. Tatsächlich kommt es darauf an, welche Vorschläge der Mediator wann und wie unterbreitet, ehe es sich beurteilen lässt, ob und inwieweit das beschriebene Verhalten mit einer Mediation in Einklang zu bringen ist oder nicht. Die Meinungen gehen durchaus auseinander. Die Grenzziehung wird dadurch erschwert, dass sich der so genannte aktive Mediator⁹³ oder der eine evaluative Mediation [83] durchführende Mediator durchaus Vorschläge erlauben⁹⁴. Der eindeutige Unterschied ergibt sich deshalb nicht aus dem Tun, sondern aus dem Zweck und der Wirkung des jeweiligen Handelns und somit aus der *er-*

⁹² Begründung S. 14

⁹³ *Kracht* (2009), § 12 Rdnr. 103ff

⁹⁴ AG Lübeck 29.9.2006, 24 C 1853/06

warteten Vermittlungsleistung. Während vom Schlichter *erwartet* wird, dass er *Lösungen* vermittelt, soll der Mediator *nicht* die Lösung, sondern das ihr vorausgehende beiderseitige *Verstehen* vermitteln. **Für die Unterscheidung zwischen Schlichtung und Mediation kommt es darauf an, ob eine Lösungsvermittlung oder eine Verstehensvermittlung *vorgesehen* ist.** Das spätere Verhalten lässt sich an dieser Zielvorgabe nicht nur ausrichten, sondern auch messen.

[69] Ein weiteres Abgrenzungskriterium ergibt sich aus der Notwendigkeit, zwischen der Streitvermittlung und der Streitentscheidung zu unterscheiden. Bei der Streitvermittlung geht es um die *Suche* nach einer Lösung. Bei der Streitentscheidung geht es um die *Durchsetzung* einer Lösung. Zur Unterscheidung zwischen Mediation und Gerichtsverfahren kommt es darauf an, ob eine Lösung gesucht oder durchgesetzt werden soll. Mithin ist die Mediation ein Verfahren der Verstehensvermittlung auf dessen Basis die Suche nach einer besseren, einvernehmlichen Lösung erfolgt.

Verfahrenswechsel

[70] Wenn der Mediator eine Handlung vornimmt, die mit der Mediation nicht (mehr) zu vereinbaren ist, ergeben sich rechtliche Konsequenzen. Erklären sich die Parteien mit der durchzuführenden Handlung einverstanden, reduziert sich das rechtliche Risiko des Mediators. Die Zustimmung der Parteien mag als eine konkludente Zustimmung zu einem Verfahrenswechsel aufgefasst werden. Voraussetzung dafür ist jedoch, dass der Mediator die Parteien dementsprechend informiert hat. Es wä-

re in jedem Fall als Mediationsfehler einzustufen, wenn er eine von der Mediation abweichende Handlungsweise den Medianden nicht erläutert und offen legt.

✎ Unbegründete Handlungsweise des Mediators

[71] Stimmen die Medianden zu, dann wäre die Handlung unter dem Gesichtspunkt des nunmehr vereinbarten Verfahrens zu bewerten. Sofern es also möglich ist, das Verfahren von der Mediation in eine Schlichtung zu überführen, bestehen keine Bedenken, wenn der Mediator Vorschläge unterbreitet, die zwar den Rahmen der Mediation sprengen aber mit den Parteien im Wege einer Vertragsanpassung als zulässig vereinbart wurden. Auf diese Weise lässt sich auch ein zulässiger Verfahrenswechsel [70] von einem unzulässigen Tätigkeitswechsel unterscheiden.

[72] Grundsätzlich ist es dem Mediator und den Parteien *nicht* verwehrt, das Verfahren „on the fly“ zu ändern. In Amerika gibt es Konstruktionen, die den möglichen Verfahrenswechsel [70] von vorneherein einplanen. Ein Beispiel ist die Med-Arb (Mediation – Arbitration), eine Kombination aus Mediation und Schiedsgerichtsverfahren. Zunächst wird eine Mediation durchgeführt. Wenn danach noch strittige Punkte offen sind, werden diese anschließend durch ein Schiedsgerichtsverfahren entschieden, bei dem der Mediator und der Schiedsrichter in der Regel die gleiche Person sind⁹⁵. In Einzelfällen kann auch das Arb-Med angezeigt sein, bei dem zunächst ein reguläres Schiedsverfahren durchgeführt wird, dem sich

⁹⁵ Wikipediation (Med-Arb)

dann die Mediation zur interessenorientierten Streitbeilegung anschließt. Hierbei wird eine andere Person als der Schlichter die Mediation übernehmen⁹⁶. In deutschen Ohren hört sich eine derartige Konstruktion fremdartig an. Der deutsche Gesetzgeber hat in § 1 Abs. 2 ausdrücklich darauf hingewiesen, dass der Mediator *keine* Entscheidungsbefugnis haben darf. Auch wenn der Regelungsgegenstand dieselbe Sache [880] betrifft, ist deshalb von zwei unterschiedlichen Verfahren und voneinander zu trennenden Tätigkeiten auszugehen. Sie sind gegebenenfalls an § 3 Abs. 2 zu messen [877].

[73] Dort, wo gesetzliche Vorschriften nicht entgegenstehen, ist es schon unter dem Gesichtspunkt der Privatautonomie möglich, das Verfahren während seines Verlaufs zu wechseln. Die Moderation, die Schlichtung und die Mediation sind sich in ihrer Struktur sehr ähnlich. Sie unterfallen auch nicht dem Tätigkeitsverbot des § 3 Abs. 2. Ein Mediationsfehler wäre in diesen Fällen nur dann anzunehmen, wenn der Mediator nicht zur Mediation passende Handlungen unternimmt, ohne den damit gegebenenfalls anzunehmenden Verfahrenswechsel erläutert und vereinbart zu haben.

✎ Verfahrenswechsel nicht offengelegt

Kommunikationsmodelle

[74] Es macht Sinn, die Spezifikation der Verfahren auf die *Erwartungen* der Medianden abzustellen, anstatt auf die konkreten Handlungen des Mediators. Nur so lassen sich seine Handlungen am Verfahren orientieren und

⁹⁶ Schoen (Konfliktmanagementsysteme), S. 152 f.

nicht umgekehrt. Mit den Erwartungen richtet sich der Beurteilungsrahmen auf die grundlegenden Faktoren. Sie ergeben die Rahmenbedingungen, die das gewünschte Verhalten auslösen. Die Konzentration auf die grundlegenden Faktoren und Funktionsweisen der Mediation ist nicht nur wirkungsvoller. Sie erlaubt auch einen größeren Aktionsradius und eröffnet den gebotenen Handlungsspielraum, der dem Verfahren die Flexibilität gibt, sich auf die natürliche Konfliktentwicklung einzustellen. **Der Maßstab für mediationsgerechtes Handeln ergibt sich aus der Frage, inwieweit die jeweilige Handlung oder Unterlassung zur Verstehensvermittlung beiträgt oder inwieweit sie das Verstehen gefährdet.** Der wichtigste Auslöser des von den Medianten zu erwartenden Verhaltens ergibt sich aus dem Rollenverständnis des Dritten. Mit seiner Rollenbeschreibung gehen die an ihn zu richtenden (Rollen-) Erwartungen einher. Der Grundsatz lautet: **Jede Tätigkeit muss erlaubt und möglich sein, soweit sie der Rollenerwartung nicht zuwiderläuft.**

[75] Zu der gleichen Schlussfolgerung gelangt man, wenn die Prinzipien in Relation zu den Eigenschaften der Mediation beschrieben werden [750]. In jedem Fall folgen aus der Rolle des Dritten unterschiedliche, für jedes der triadischen Verfahren typische und gegeneinander abzugrenzende *Kommunikationsmodelle*. Jedes dieser Kommunikationsmodelle passt sich dem Wesen des Verfahrens an, wenn es dieses nicht sogar determiniert. Es bedingt ein typisches strategisches und im Verfahren gewolltes oder in Kauf genommenes Verhalten der Parteien. Das über die Rolle des Dritten initialisierte Kommu-

nikationsmodell liefert den ausschlaggebenden Einfluss auf den Ablauf des Verfahrens. Nicht nur das, es verändert auch die Konfliktstrategie der Parteien.

[76] Aus der Perspektive des neutralen Dritten wird gerne übersehen, dass die Parteien den Prozess (nur) als einen Bestandteil ihrer eigenen Konfliktstrategie auffassen. Die Parteien werden versuchen, den Prozess und mithin die dritte Person im Sinne dieser Strategie einzuschätzen und zu instrumentalisieren. Mit ihrem Verhalten reagieren sie auf das Verfahren und die darin bereit gestellten Möglichkeiten. Ihr Verhalten korrespondiert mit der sich aus der Rolle des neutralen Dritten abzuleitenden Funktionalität. Wenn der Dritte ein Entscheider ist, werden die Parteien versuchen, seine Gunst zu erwirken, um einen Entscheidungsvorteil zu erhalten. In der binären Gewinner-Verlierer-Logik des Nullsummenspiels kann dies am leichtesten dadurch erreicht werden, indem die Partei die Gegenseite schlecht redet⁹⁷. Das gleiche Prinzip trifft übrigens auch dann ein, wenn der Dritte durch Rat oder Vorschläge an der Meinungsbildung determinierend beteiligt ist [706]. Dann nämlich werden die Parteien versuchen, ihn dahingehend einzunehmen, dass er die eine oder andere Meinung präferiert. Das einer solchen Konstellation zugrunde liegende Kommunikationsmodell wird als *Dekonstruktionsmodell*⁹⁸ bezeichnet. Nur wenn der Dritte *nicht* in einer determinierenden Weise an der Entscheidung beteiligt ist und keine Meinungsbildung etwa über Vorschläge oder andere Ein-

⁹⁷ *Trossen* (Kooperation)

⁹⁸ Wikipediation (Kommunikationsmodell)

flussnahmen bei der Suche nach Lösungen zu erwarten sind, stellt sich das Kommunikationsmuster der Mediation her. Es entspricht dem *Konstruktionsmodell*. In diesem Modell gibt der Dritte keine Gelegenheit mehr, sich an ihm zu orientieren. Die Parteien haben deshalb weder Grund noch Möglichkeiten ihn zu manipulieren oder in irgendeiner Weise für sich zu instrumentalisieren. Es gibt auch keinen strategischen Anlass mehr, die Gegenseite zu diskreditieren. Eine solche Strategie würde in der Mediation keinen Vorteil bedeuten. Die schlichte, eine Konfrontation (und mithin eine Eskalation) erübrigende Logik lautet deshalb: **Je geringer die Sachverantwortung des Mediators ist, desto größer wird die Verantwortung der Parteien, sich eigenverantwortlich und kooperativ zu verhalten.** Die wirksamen Unterscheidungskriterien der Verfahren sind also auch unter diesem Gesichtspunkt weniger die Tätigkeiten des Dritten, als die ihm zgedachte Rolle und die an ihn gerichteten Erwartungen.

Verfahrensschwerpunkte

[77] Auch innerhalb des Konstruktionsmodells gibt es Abweichungen. Sie werden durch die unterschiedlichen, mit der Mediation arbeitenden Professionen eingebracht. Die Psychologen haben mit *Rogers*⁹⁹ eine Art Patenschaft übernommen. Die Juristen haben mit dem Harvard Konzept die Struktur gestiftet. Die Mediation bewegt sich

⁹⁹ Carl Ransom *Rogers* war ein US-amerikanischer Psychologe und Psychotherapeut, dessen herausragende Leistung in der Entwicklung der klientenzentrierten Gesprächstherapie und dem Ausbau der Humanistischen Psychologie besteht. Siehe: Wikipedi-
ation (Carl Rogers)

dementsprechend zwischen Rechtsanwendung und Psychotherapie, je nachdem, wie der Mediator die Mediation betreibt und wo er den Schwerpunkt setzt. Je differenzierter die Sicht auf die Mediation ist, desto klarer ergeben sich verschiedene Ausprägungen. Noch immer gibt es keine einheitliche Einteilung¹⁰⁰. Die Rede ist von Mediationsformen und Mediationsmodellen, aber auch von Stilen, Arten und Ausprägungen. Die Bezeichnung *Mediationsart* erscheint naheliegend, wenn es darum geht, bestimmte Vorgehensweisen zu typologisieren. Demzufolge erwähnen *Foster* und *Lang-Sasse* "Mediation Styles"¹⁰¹, wobei das englische „Style“ eher mit Art als mit Stil zu übersetzen ist¹⁰². Während die Art objektive Kriterien herausstellt, erlaubt es der Stil, die individuellen Ausprägungen zu erkennen. Unglücklicherweise hat der Gesetzgeber den Begriff der Mediationsart mit den Fachmediationen [155] gleich gesetzt¹⁰³. Dies ist insofern irreführend, als die Fachmediation zwar eine auf den Anwendungsbereich bezogene Ausprägung der Mediation beschreibt. Indes liegt den Fachmediationen kein spezifisches Mediationsmodell im hiesigen Verständnis zugrunde. Das bedeutet: In einer Familienmediation kann sowohl eine evaluative [83] wie eine an und für sich näher liegende transformative [94] Mediation angewendet werden. Die nachfolgende Kategorisierung soll helfen, den Zugang zu einer systematischen, unter allen Aspek-

¹⁰⁰ *Glasl* (2011) S. 53 ff

¹⁰¹ Siehe *Lang-Sasse* (2013)

¹⁰² Dict (Style), dl 13.3.2013

¹⁰³ Anm.: Nach hiesiger Auffassung unzutreffend

ten gültigen Einteilung zu ermöglichen. Sie orientiert sich an dem jeweils zugrunde zu legenden Modell.

[78] Ein Modell stellt eine schematisierende Veranschaulichung heraus. Es beschreibt ein Muster. In der Mediation werden unterscheidbare Muster beispielsweise in den Mediationsmodellen nach *Augsburger* gesehen. *Augsburger* ist ein amerikanischer Theologe, der besonders im Bereich der interkulturellen Mediation zitiert wird und zwischen dem nordamerikanischen und dem traditionellen Modell unterscheidet¹⁰⁴. Andere Unterscheidungen gehen auf *Breidenbach* zurück. *Breidenbach* unterscheidet Kategorien, die er als „Service Delivery“, „Access to Justice“, „Individual Autonomy“, „Reconciliation“ und „Social Transformation“ - Ansätze beschreibt. Die Variationen des Mediator-Verhaltens konzentriert er schließlich auf eine Verhandlungsstrategie und eine therapeutische Integration¹⁰⁵. *Walz* lässt sich auf eine Unterscheidung zwischen der Vertrags- und der Konfliktmediation ein¹⁰⁶, womit er nicht mehr als die Bearbeitungstiefe der Vermittlung anspricht. Eine weitere, historisch abgeleitete Unterscheidung differenziert zwischen dem allgemeinen, dem einigungsorientierten, dem kognitiv-systemischen und dem transformativen Stil.

[79] Gegenüber diesen differenzierenden Sichten ist es ebenso bedauerlich wie fehlerträchtig, wenn in der Praxis stets und schlicht von „der Mediation“ die Rede ist. Diese Vereinheitlichung verkürzt nicht nur die Sicht auf

¹⁰⁴ *Mayer* (Interkulturelle Mediation) S. 130

¹⁰⁵ *Breidenbach* (Mediation), S. 139 ff.

¹⁰⁶ *Walz* (Interessenkoordination durch Notare), NJW 2002,3446

die Mediation. Sie führt zu Irritationen, sowie unklaren und gar falschen Anpreisungen und Erwartungen. Viele der Streitigkeiten im Vorfeld des Mediationsgesetzes hätten verhindert werden können, wenn die verschiedenen Facetten der Mediation besser differenziert worden wären. So gesehen sind Aussagen wie: „Die Mediation ist billiger, besser und nachhaltiger als (beispielsweise) das Gerichtsverfahren“ durchaus zu relativieren¹⁰⁷.

[80] **Mediation ist nicht gleich Mediation.** Es gibt Mediationen, die tief in den Konflikt hineingehen (transformative Mediation [94]) und solche, die sich auf der Sachebene über den Konflikt hinweg bewegen (facilitative Mediation [82]). Schon diese Unterscheidung verweist auf Unterschiedlichkeiten, die sich auf die Dauer des Verfahrens, die Vorgehensweise des Mediators und die Nachhaltigkeit des Ergebnisses auswirken. Die sich auf den Konflikt in seiner Tiefe einlassende Mediation dauert lange. Sie ist dafür aber sehr nachhaltig, weil sie eine *Konfliktauflösung* verspricht. Sie ist weder billiger noch schneller¹⁰⁸. Billiger und schneller ist die auf der Sachebene verbleibende Mediation. Sie führt zwar zu einer Problemlösung, nicht aber zu einer Konfliktaufbearbeitung. Sie mag schneller sein, ist aber nicht nachhaltiger.

✎ Unklares Mediationsmodell

¹⁰⁷ Siehe auch *Trossen* (Mythen)

¹⁰⁸ Diese Einschätzungen bedürfen möglicherweise der Erläuterung. Sie relativieren sich nicht nur durch das gewählte Verfahren, sondern auch durch das Konfliktumfeld und den Konfliktverlauf bzw. der „Mediationsreife“.

[81] Die Kenntnis der unterschiedlichen Mediationsmodelle muss ein fester und regulärer Bestandteil der Mediationsausbildung sein.

☞ **Vorgeschriebener Ausbildungsinhalt**

Mit Kenntnis der unterschiedlichen Mediationsmodelle verändert sich nicht nur das Verhalten des Mediators. Es werden auch Grenzen und Möglichkeiten erkennbar. Zur Verdeutlichung, wie sich das unterschiedliche Vorgehen methodisch in die Landschaft der Verfahren einbeziehen lässt, soll die Mediation in einem Kontinuum der triadischen Konfliktbelegungsverfahren abgebildet werden. Die Eckpunkte dieses Kontinuums werden aus dem Spannungsfeld zwischen der Position und den Interessen (Motiven) [35] einerseits und zwischen der sach- und konfliktbasierten Herangehensweise andererseits gebildet. Die dadurch mögliche Einordnung erlaubt eine grundlegende Kategorisierung von Modellen, die sich an internationalen Vorgaben orientiert¹⁰⁹. Mit der Ausrichtung der nachfolgend vorzustellenden Modelle im Kontinuum der Streitbeilegung wird nicht nur eine systematische Abgrenzung, sondern auch eine detailgetreue Differenzierung mit weiteren Klassifizierungen etwa nach Mediationsformen oder Mediationsstilen möglich. Als grundlegende Mediationsmodelle werden die facilitative, die evaluative, die transformative, die integrierte und die sondierende Mediation [110] aufgeführt¹¹⁰.

¹⁰⁹ z.B.: *Peters* (Selection)

¹¹⁰ Siehe auch: *Foster* (Study in Mediation Styles), a.a.O.

Die facilitative Mediation

[82] Das Grundmodell der Mediation, wie es Anfang des letzten Jahrhunderts in Amerika aufgekommen war, ist die so genannte facilitative Mediation¹¹¹. Facilitativ bedeutet übersetzt vereinfachen, erleichtern. Der Mediator strukturiert einen Prozess, um die Parteien dabei zu unterstützen, ein wechselseitig akzeptiertes Ergebnis zu erzielen. Er befragt die Parteien, wertschätzt und normalisiert, stellt unterschiedliche Sichtweisen heraus und sucht nach den Interessen [35] hinter den Positionen, um darauf basierte Lösungsoptionen zu erarbeiten. **Die Mediation ist ein reines Erkenntnismanagement, das sich sowohl auf ein Prozess- oder spezifizierend auf ein Konfliktmanagement einlässt.** Der Mediator muss keine Vorschläge machen oder Empfehlungen geben. Die Parteien sollen das Ergebnis auf der Basis von Information (Informiertheit) und Verständnis erwirken. Je weiter sich die Ausarbeitung der interessenorientierten Vorschläge von den Positionen entfernt, desto mehr nähert sich das Verfahren der transformativen Mediation an. Die facilitative Mediation eignet sich für Konflikte der sachlich-intellektuellen Konfliktdimension¹¹².

Die evaluative Mediation

[83] Nachdem die Juristen die Mediation für sich entdeckten, haben sie ihre lösungsorientierte und problembezogene Denkweise in das Verfahren eingebracht. Dar-

¹¹¹ Foster (Study in Mediation Styles), a.a.O.

¹¹² Trossen (Mediation handwerklich)

aus entstand die sogenannte evaluative Mediation¹¹³. Sie entspricht dem juristischen Procedere am Meisten. Evaluativ bedeutet übersetzt wertend oder bewertend. Wie der Name sagt, verstärkt diese Form der Mediation die Einflussnahme des Mediators. Sie korrespondiert mit einem gerichtsanhängigen Prozess und nimmt dessen Ergebnis vorweg. Der Mediator unterstützt die Parteien, indem er die Schwachpunkte ihres Falles (ihrer juristischen Argumentation) herausarbeitet. Er mag formale Empfehlungen hinsichtlich des (juristischen) Ergebnisses (Fallausgang) einbringen. Dort wo die Parteien anwaltlich vertreten sind, wird er diese Bewertungen über die Rechtsanwälte abfragen und indirekt einbringen. Er orientiert sich eher an der rechtlichen Lage und an einem möglichen Prozessausgang als an den Interessen und Bedürfnissen [35] der Parteien. Methodisch wendet er das Caucus oder die Shuttle Diplomacy an. Der evaluative Mediator ist meist selbst ein Jurist.

[84] In der Literatur wird das im MediationsG beschriebene Verfahren als ein nicht-evaluatives Mediationsverfahren beschrieben¹¹⁴. Begründet wird diese Auffassung mit dem Hinweis, dass die Mediation kein Verfahren sei, das einen Lösungsvorschlag zum Gegenstand habe. Präziser wäre die Festlegung, dass die Mediation keinen meinungsbildenden Lösungsvorschlag seitens des Mediators anstrebt [706]. Mithin kommt es auf die Relevanz der vom Dritten vorgenommenen Bewertung an. Ist die Bewertung des Falles durch den Mediator ein Ziel auf das

¹¹³ Foster (Study in Mediation Styles), a.a.O.

¹¹⁴ Unberath in Greger/Unberath § 2 Rdnr 174

die Parteien hinarbeiten, dann ist das Verfahren ganz sicher keine Mediation.

✎ Determinierende Bewertungen des Mediators

Demgegenüber greift die Schematisierung, ein Mediator müsse sich jedweder Bewertung enthalten, zu kurz. Die naheliegende Stigmatisierung einer Bewertung durch den Mediator bis hin zur Schlechterfüllung¹¹⁵, also zur Haftung, bedarf der Korrektur.

[85] Eine evaluative Mediation ist auch nach deutschem Recht zulässig und durchaus unter den Begriff der Mediation zu subsummieren. Ähnlich wie im Fall der Schlichtung ist wiederum zwischen der Tätigkeit des Mediators einerseits und der ihr zugeschriebenen Bedeutung andererseits zu unterscheiden. In jedem Fall muss seine Tätigkeit dem Wesen der Mediation [39] entsprechen. Der Grundsatz lautet: **Die Tätigkeit des Mediators folgt dem Charakter des Verfahrens, sie definiert es nicht.**

[86] Die evaluative Mediation orientiert sich mehr an den in der Phase zwei vertretenen Positionen als an den Interessen [35]. Sie ist bei einem juristisch nicht oder nur schwer lösbaren Streit (etwa um eine bloße Geldforderung) angezeigt, wo Interessen im Hintergrund stehen oder wo sich die Nutzenerwartung auf die Zahlung beschränkt. Sie ist sogar geboten, wenn sich der „Kuchen“ durch Interessenerhellung nicht anders erweitern lässt. In diesem Fall dient die Evaluation des Mediators zur Aufdeckung des Entscheidungsrahmens. Sie verändert und definiert indes *nicht* die Zielausrichtung der Media-

¹¹⁵ Unberath in Greger/Unberath § 2 Rdnr 174

tion. Die evaluative Mediation grenzt sich von einem evaluativen Verfahren ab, indem sie sich bei der Lösungsfindung zurück hält. Nach der hier vertretenen Auffassung kommt es entscheidend darauf an, wie das Verfahren ausgerichtet ist. Zielt es auf die verantwortliche Evaluation seitens des Dritten ab, würde sich ein Kommunikationsmodell [74] herstellen, das der Mediation weder zuträglich noch eigen ist. Die Parteien könnten bestrebt sein, den Mediator zu einer jeweils für sie günstigen Bewertung zu drängen. Wenn sich ein solches Kommunikationsmuster herstellt, ist der Mediationsvertrag gegebenenfalls als ein Schlichtungsvertrag auszulegen oder tatsächlich von einer Schlechterfüllung auszugehen [477].

[87] Ein grundsätzliches Verbot von Evaluationen durch den Mediator würde der Mediation nicht gerecht werden, zumal Beratungen in einem gewissen Umfang durchaus opportun und geboten sind. Zweifellos sollte der Mediator sich innerhalb des Verstehensprozesses jedweder Bewertung enthalten und meinungsfrei sein. Ohne jegliche Bewertung wird es ihm aber nicht möglich sein, die Stimmigkeit der parteilichen Äußerung zu beurteilen und in der Verhandlung aufzudecken. Worauf es ankommt ist, dass er Bewertungen aus einer wertfreien Sicht vornimmt und keinesfalls beurteilend einbringt. Selbst diese Anforderung mag sich bei bestimmten Verfahrens- und Fallkonstellationen ändern [524]. Mitunter sind Bewertungen nicht zu vermeiden. Sie sind gegebenenfalls sogar notwendig, etwa um die Parteien von dem Nutzen der Mediation zu überzeugen. Brandon S. Peters

schlägt eine SWOT¹¹⁶ Analyse vor¹¹⁷, um die Erfolgchancen der Mediation gegenüber denen des Gerichtsverfahrens abzugrenzen zu können. Dabei wird die Erfolgsaussicht des Gerichtsverfahrens aktiv bewertet. Es ist einem Mediator kaum zu verwehren, Hinweise zu geben, wenn eine eklatante Fehleinschätzung der Parteien - sei es in rechtlicher oder tatsächlicher Hinsicht - ansonsten zu einem unerträglichen Ergebnis führen würde. Um präzise zuhören zu können, muss der Mediator die Bewertungen der Parteien nachvollziehen und darauf hinwirken, dass Fehleinschätzungen vermieden und Lücken geschlossen werden¹¹⁸. Bewertungen sind notwendig, um eine Lösung zu finden und um die gefundene Lösung zu verifizieren. Die Herausforderung für den Mediator besteht darin, die Bewertungen der Parteien zu reflektieren, ohne eigene Bewertungen einzuführen. Die Mediation sieht Bewertungen in der WATNA/BATNA¹¹⁹ Instanz ausdrücklich vor. Der Gesetzgeber verpflichtet den Mediator in § 2 Abs. 6 dazu, auf eine externe Beratung hinzuweisen. Auf diese Weise wird sichergestellt, dass eine Evaluation stattfindet. Der Mediator hat also durchaus darauf zu achten, dass eine Evaluation erfolgt, wenn sie erforderlich ist.

[88] In der Praxis stellt sich die Frage was geschieht, wenn die Evaluation parteiseitig unterbleibt. Soll der Mediator es wissentlich geschehen lassen, dass die Par-

¹¹⁶ Das ist eine Stärken-Schwächen, Chancen-Risiko Analyse. SWOT steht für Strengths, Weaknesses, Opportunities, and Threats

¹¹⁷ *Peters* (Selection)

¹¹⁸ *Trossen* (präzises Zuhören)

¹¹⁹ Akronym für: Worst Alternate For Negotiated Agreement / Best Alternate For Negotiated Agreement

teien eine realitätsferne Lösung anstreben, nur weil er sich der eigenen Bewertung enthält? Das kann nicht richtig sein. Nach der hier vertretenen Auffassung würde er sich dann sogar haftbar machen [477]. Für die Aufstellung einer rechtlichen Regel bedarf es deshalb eines einschränkenden, aussagekräftigeren und verlässlicheren Unterscheidungskriteriums, das allen Einzelfällen der Mediation gerecht werden kann. Die Grenze für Evaluationen findet sich in dem dadurch ausgelösten Kommunikationsmodell, mithin bei der Verantwortlichkeit des Dritten und der Erwartungshaltung der Parteien wieder. **In gar keinem Fall darf der Mediator in eine Rolle geraten, in der er die Verantwortung für Fallbewertungen übernimmt oder gar als verantwortlich dafür angesehen wird.**

[89] Unternimmt der Mediator im Einzelfall Bewertungen, die weder seine Neutralität in Frage stellen, noch das Kommunikationsmodell [74] der Mediation verändern, die ihn also nicht verantwortlich machen und welche die Parteien auch nicht von eigenen Bewertungen entbinden, dann wird das Wesen der Mediation [39] auch durch Bewertungen seitens des Mediators nicht in Frage gestellt. Solche Bewertungen müssen außerhalb des Verstehensprozesses in Phase drei möglich sein. Zutreffend ist deshalb die Einschätzung, dass der Mediator mit Evaluationen Zurückhaltung üben sollte¹²⁰. Allerdings sollten Bewertungen, wenn sie erfolgen, vertraglich legitimiert und determiniert sein.

📄 Vereinbarung zur (Un-)Zulässigkeit von Evaluation

¹²⁰ Risse (Wirtschaftsmediation), § 9 Rn. 44

[90] Grundsätzlich sollte sich der Mediator darüber bewusst sein, dass er in eine kritische Situation gerät, wenn er in der Sache evaluiert, ohne dazu legitimiert zu sein. Ohne eine explizite vertragliche Regelung besteht die Gefahr einer nachträglichen, schematischen Vertragsauslegung, bei der die Evaluation nach *Unberath* eine vertragliche Schlechtleistung darstellt¹²¹.

✎ Evaluation ohne Vereinbarung

[91] Zutreffend geht dagegen *Trenczek* davon aus, dass der Mediator nicht *verpflichtet* ist, zu evaluieren¹²². Die mangelnde Verpflichtung schließt eine Berechtigung nicht aus. Sie gibt dem Mediator aber im Einzelfall die Möglichkeit, korrigierend einzugreifen. Noch genauer erscheint auch die Formulierung: **Der Mediator ist nicht selbst zur Evaluation verpflichtet**. Sie weist darauf hin, dass Evaluationen neben der Mediation und zu ihrer Unterstützung durchaus gewollt und erforderlich sind.

[92] Die evaluative Mediation ist im angelsächsischen Raum, speziell in den USA weit verbreitet. Unbewusst wird sie wohl auch von juristischen Mediatoren in Deutschland angewendet, die sich nur schwer von der rechtlichen Beurteilung der Sachlage distanzieren können¹²³. Würde man die Auffassung vertreten, dass eine evaluative Mediation in Deutschland unzulässig sei, ergäben sich Diskrepanzen mit der internationalen Sicht auf die Mediation. Es käme zu einer Diversifikation, welche die EU Richtlinie gerade vermeiden wollte.

¹²¹ *Unberath*: Greger/Unberath § 2 Rdnr 174

¹²² *Trenczek*: ZRP 2008, 186ff

¹²³ *Risse* (Wirtschaftsmediation), § 9 Rn 44 „Mediationskrankheit“

[93] Die evaluative Mediation kann sich in zwei unterschiedliche Richtungen bewegen. Sie kann sich eher an den Positionen oder eher an den Interessen [35] ausrichten. Im letzten Fall geht sie, je nachdem wie stark die Interessen einbezogen werden, in eine facilitative oder transformative Mediation über.

Die transformative Mediation

[94] Nicht nur die Juristen, sondern auch die Psychologen haben die Mediation für sich entdeckt. Sie kannten die Gesprächstechniken der Mediation bereits. Immerhin hat die Mediation diese aus der Psychologie entlehnt. Was sie nicht kannten, war der strukturierte Aufbau und der sich daraus ergebende verfahrensbezogene Kontext, in dem die Gesprächs- und Interventionstechniken zur Anwendung kommen. Mit den Psychologen entwickelt sich die Mediation von einer bloßen Interessenerhellung zu einer echten Konfliktarbeit, bei der das Konflikterleben der Parteien im Vordergrund steht. Mit der Arbeit am Konflikt sollen die Parteien in die Lage versetzt werden, ihre Erkenntniswelt so umzuformen, dass ihnen eine Neugestaltung der streitbefangenen Lebensverhältnisse möglich wird. Transformativ bedeutet umformend, umgestaltend. Die transformative Mediation¹²⁴ setzt auf die Fähigkeiten der Parteien. Sie versucht, diese zu verstärken und nutzbar zu machen und ermöglicht die Anerkennung der hinter dem Streit verborgenen Bedürfnisse. Um dies zu erreichen, lässt sie sich auf die Wahrnehmungswelt der Parteien ein und zielt darauf ab, diese

¹²⁴ Foster (Mediation Styles), a.a.O.

durch eine kontextsensitive Relativierung zu verändern. Das Lösungspotenzial besteht darin, den Parteien eine andere Sicht auf das Problem zu ermöglichen, woraus sich ihre Bewertungen ändern. Die transformative Mediation eignet sich besonders für die Bearbeitung von Konflikten der sozio-emotionalen und der wertmäßig-kulturellen Dimension¹²⁵.

Der Abgrenzungsbedarf

[95] Die facilitative, die evaluative und die transformative Mediation sind als Grundmodelle mediativen Vorgehens zu verstehen. Sie bilden die wichtigsten und charakteristischsten Ausgestaltungen der Mediation. Sie beschreiben ihre Vielfalt und positionieren die Mediation entweder als ein eher sach- oder konfliktbezogenes Verfahren. Der professionell tätige Mediator muss die Unterschiede kennen. Sie beeinflussen bereits die Kostenkalkulation.

[96] Es versteht sich von selbst, dass unterschiedliche Mediationsmodelle unterschiedliche Herangehensweisen bedingen, umso mehr als sie eine unterschiedliche, voneinander abweichende Konflikttiefe erzielen. Mithin verursachen sie einen unterschiedlichen Aufwand und deshalb auch unterschiedliche Kosten. Eine facilitative Mediation kann auf der Sachebene über den Konflikt hinweg durchgeführt werden. Sie kann tatsächlich schneller und deshalb auch billiger sein als eine konventionelle Form

¹²⁵ Konfliktdimensionen werden von *Trossen* zur systematischen Abgrenzung der Konfliktarten innerhalb der Konfliktanalyse bevorzugt. Siehe *Trossen* (Mediation handwerklich), auch Wikipedia (Konfliktdimensionen)

der Konfliktbeilegung. Eine sich auf den Konflikt in seiner Tiefe einlassende transformative Mediation wird einen größeren Aufwand mit mehr Interventionen erfordern¹²⁶. Sie ist deshalb weder schneller noch billiger. Wenn eine facilitative Mediation mit einem Drei-Stundenaufwand zu kalkulieren sein mag, wäre die transformative Mediation im gleichen Thema mit einem 10-Stundenaufwand anzusetzen¹²⁷. Unterschiede gibt es auch hinsichtlich der Nachhaltigkeit. Während die facilitative Mediation sicherlich dazu beiträgt, den sachlichen Streit ohne eine Restauration beizulegen, erlaubt die transformative Mediation eine Veränderung der Lebensbedingungen und der diese prägenden Beziehungen. Sie lässt einen wieder Instand setzenden Ausgang erwarten. **Es sollte den Parteien obliegen, zu entscheiden, ob sie die eine oder andere Form der Konfliktbeilegung bevorzugen.** Damit ihnen diese Entscheidung möglich wird, hat der Mediator sie dementsprechend aufzuklären und die verschiedenen Optionen zur Wahl zu stellen.

✎ Fehlende Information über Mediationsmodelle

Der Mediator schuldet die Information über die möglichen Mediationsmodelle nicht nur den Parteien, sondern auch der Mediation. Deshalb sollte er die sich daraus ergebende Kompetenz in seinem Angebot entsprechend

¹²⁶ Mögliche Interventionen siehe: Wikipedia (Interventionen) dl:22.8.2014

¹²⁷ Bei diesen Zahlen handelt es sich lediglich um Annahmen, die das Zeitverhältnis zueinander quantifizieren sollen. Selbst diese Werte sind relativ, weil sie auch durch die Kompetenz und Erfahrung des Mediators beeinflusst werden.

herausstellen und berücksichtigen. Nur so lassen sich falsche Erwartungen vermeiden und die Wahl des „passenden“ Mediators ermöglichen.

[97] Die Kenntnis der verschiedenen Ausgestaltungen der Mediation ist selbst unter den Mediatoren nicht selbstverständlich. Der Grund dafür sind unterschiedliche Erfahrungen, unterschiedliche Ausbildungsstandards und Dogmatisierungen, die das Erlernen der Mediation zwar vereinfachen, aber deren immanente Kompetenz auch verkürzen. Im intrakulturellen Konfliktgeschehen mögen diese Unterscheide zu verdecken sein. Schon die europaweite Sicht macht sie indes sehr deutlich. Man kann davon ausgehen, dass Mediatoren mit einer 40-stündigen Ausbildung, wie z.B. in UK oder mit einer 60-stündigen Ausbildung, wie sie in vielen östlichen Mitgliedstaaten üblich sind, lediglich auf die facilitative Mediation ausgebildet wurden. Ob eine Ausbildung mit 120 oder 200 Stunden dazu führt, dass der Mediator alle Formen der Mediation beherrscht, bleibt fraglich und ist von den jeweiligen Ausbildungsinhalten abhängig.

[98] In der Praxis werden die Modelle mehr oder weniger bewusst fließend und ineinander übergehend angewendet. Erst in Phase zwei kennt der Mediator den genauen Streit der Parteien. Erst jetzt kann er seine eingangs aufgestellte Konfliktthese konkretisieren. Dieses Phänomen ist ein durchaus kalkulierter Aspekt der Logik, welche den Ablauf der Mediation bestimmt¹²⁸. Ob und inwieweit sich die Mediation als eher facilitativ, evaluativ oder transformativ gestalten lässt, hängt von

¹²⁸ Trossen (Mediation von hinten)

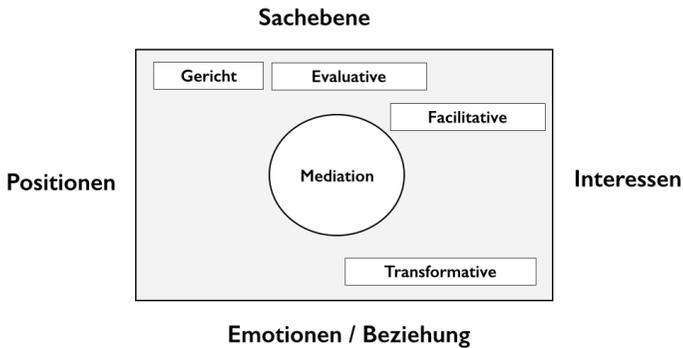
äußeren Faktoren, wie dem finanziellen Rahmen und von inneren Faktoren, wie der Bereitschaft der Parteien, den Konflikt in seiner Tiefe anzugehen, ab. Es ist als ein Mediationsfehler einzustufen, wenn der Mediator diese Abgrenzungen nicht erkennt oder die Übergänge nicht erkennbar macht.

✎ Unterlassener Modellwechsel

[99] Eine die Konfliktodynamik beachtende Flexibilität des Verfahrens wurde von *Stempe*¹²⁹ als eklektische Mediation (eclectic mediation) eingeführt. Sie wird als ein weiteres Mediationsmodell beschrieben. Dieses Mediationsmodell erlaubt den Modellwechsel, um das Verfahren besser auf die Bedürfnisse der Parteien anzupassen.

[100] Alle Verfahren und Methoden der Konfliktbeilegung stehen in einem Verhältnis zueinander. Darüber hinaus stehen sie mit der Konfliktstrategie der Betroffenen in einem Zusammenhang. Mit der Zuordnung der Mediation in ein Kontinuum der Streitbeilegung lässt sich diese Korrelation darstellen. Die Zuordnung in ein Kontinuum erlaubt es nicht nur die unterschiedlichen Modelle der Mediation zu identifizieren. Sie erlaubt auch eine Abgrenzung zu anderen Verfahren und die Herausarbeitung des Bearbeitungsschwerpunktes. Den scheinbaren Gegensatz zur Mediation bildet das Gerichtsverfahren. Konzeptionell ist es als ein sachliches und positionsorientiertes Verfahren ausgeprägt. Ihm stellt sich die transformative Mediation als ein konflikt- und bedürfnisbezogenes Verfahren diametral gegenüber.

¹²⁹ Peters (Selection)



[101] Die Mediation war angetreten als ein informelles, auf der Kommunikation basierendes Verfahren der Streitbeilegung und der Konfliktbewältigung. Als eine kommunikationsgesteuerte Verhandlung unterliegt sie auch kulturellen Prägungen. Sie bezieht sich auf eine Verhandlungskultur, die sich in jeder Ethnie wiederfindet. Sie ist historisch geprägt, passt sich an die jeweilige Justiz an und bezieht das kulturell geprägte Denken und Handeln mit ein. Oft wird dies übersehen, wenn versucht wird, andere Völker und Nationen mit der Mediation zu missionieren.

[102] Besonders die westlich geprägte Welt sieht die Mediation eher als einen mechanisch ablaufenden Prozess, bei dem die Phasen Schritt für Schritt abzuwickeln sind. Diese Sicht auf Mediation entspricht dem linearen Denken der Kulturen, die ein monochronisches Zeitverständnis aufweisen. Bei Kulturen, die durch ein polychronisches Zeitverständnis geprägt sind, wird die lineare Logik relativiert. Die Mediation verändert ihr Gesicht. Für einen westlichen Betrachter wirkt sie unstrukturiert.

Was in der westlichen Welt getrennt betrachtet wird, führt die östliche Welt zusammen. Das unterschiedliche Denken der Kulturen ist einer der Gründe, warum die östliche Welt das Harvard Konzept als „westliches“ Verhandlungsmodell beschreibt. Die Kenntnis und der Umgang mit den unterschiedlichen Denk- und Herangehensweisen der Kulturen sind ein Kompetenzkriterium für die interkulturelle Mediation [155]. Trotz aller Unterschiede hat sich der Kern der Mediation jedoch als ein weltweit anwendbares Verfahren erwiesen.

[103] **Die Prinzipien der Mediation gelten, wenn auch mit voneinander abweichenden Ausgestaltungen, universell;** Zumindest dann, wenn die Mediation weniger als ein Verfahren im juristischen als im psychologischen Verständnis betrachtet wird. Dann beschreibt sie einen Erkenntnisprozess, der sich auf allgemein gültige Eigenschaften zurückführen lässt. Diese Sichtweise wird von der integrierten Mediation aufgegriffen.

Die integrierte Mediation

[104] Die *integrierte Mediation* beschreibt die Mediation in ihrer komplexen Konnotation [61]. Sie erstreckt sich über den gesamten Mediationsradius [58] weshalb sie als notwendige Ergänzung in das Kontinuum der Verfahren und Methoden zur Streitbeilegung einzubeziehen ist. Die integrierte Mediation, die in der internationalisierenden Kurzform schlicht *in-Mediation* genannt wird, kommt der eklektischen Mediation nahe, geht aber noch weit darüber hinaus. Die *integrierte Mediation* war in Deutschland bereits im Jahre 1996 entstanden. Der *ursprüngliche* Ansatzpunkt bestand darin, die Kompetenz der Mediation

on als solche vorzuhalten. Die nunmehr vom Gesetzgeber vorgenommene Unterscheidung zwischen dem Verfahren und der Methode kommt der *integrierten Mediation* entgegen. Sie beschreibt den methodologischen Zugang. Um die Kompetenz der Mediation nicht in einem Verfahren zu verkapseln, sondern um sie auch innerhalb anderer Verfahren vorhalten zu können, hat sie eine *Containertheorie* entwickelt¹³⁰. Die Verfahren werden in der Funktion von Hülsen verstanden, die sowohl das Ziel, den Handlungsrahmen wie auch die Anwendungsbedingungen einer Mediation vorgeben und gegebenenfalls modifizieren [549][667].

[105] Leider verleitet der Begriff *integrierte Mediation* zu irreführenden Assoziationen. Er ist historisch zu begründen. Fälschlicherweise wird die *Integrierte Mediation* oft nur als die Anwendung mediativer Techniken außerhalb der „reinen“ Mediation [115] angesehen. Auch wird sie meist nur als eine auf das Gerichtsverfahren beschränkte Anwendung gewürdigt. Beide Einschätzungen greifen zu kurz. Sie werden der *integrierten Mediation* nicht gerecht. Integration bedeutet die Herstellung eines Ganzen. Wenn das Ganze die perfekte Methode des Verhandeln ist und wenn wir unterstellen, dass diese Perfektion mit der Mediation beschrieben wird, dann ergibt sie einen Maßstab, über den sich die Mediation in den unterschiedlichsten Erscheinungsformen manifestiert.

[106] Eine der wesentlichen Erkenntnisse der *integrierten Mediation* besteht darin, dass sich der mit der Mediation

¹³⁰ Trossen (Mediation visionär);
Trossen (Integrierte Mediation)

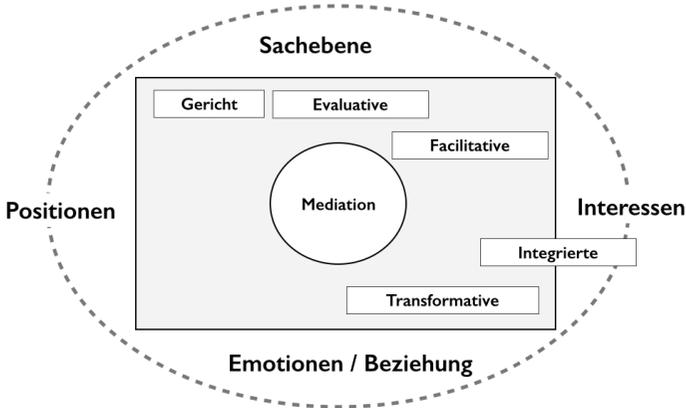
in genialer Weise beschriebene Kognitionsprozess nicht nur mechanistisch und monochronisch, sondern auch systemisch und polychronisch abbilden lässt. Der Blick wendet sich somit auf die innere Logik des Verfahrens. Die *transformative Mediation* versucht, das jeweils ausgerufene Verfahren (den Container) dieser Logik zu unterwerfen. In diesem Verständnis stehen die Parteien und deren Problembewältigung im Vordergrund. Das (förmliche) Verfahren ist nur das Mittel zum Zweck und von einem Vorgehen im psychologischen Verständnis zu unterscheiden. Zumindest aus der Sicht der Betroffenen verfolgen die Verfahren keinen Selbstzweck. Sie sind nicht mehr als eine Toolbox, welche die Parteien auf einem Stück ihres Weges durch die Konfliktbeilegung begleiten. Weil sich die *integrierte Mediation* darauf versteht, das Verfahren jederzeit den Bedürfnissen der Parteien anzupassen (und nicht umgekehrt), wurde sie¹³¹ auch als kundennahe Mediation bezeichnet¹³².

[107] Die *integrierte Mediation* geht davon aus, dass sich der im Hintergrund einer Mediation ablaufende Kognitionsprozess durchaus auch in ganz unterschiedlichen Kontexten realisieren lässt. Ihre elementare Sicht erlaubt es, die Mediation verfahrensübergreifend einzusetzen und ebenso bausteinartig wie ressourcenorientiert zusammenzuführen. Mithin erkennt die *integrierte Mediation* in der Mediation ein umfassendes Verhandlungskonzept, auf das sich *alle* Verfahren beziehen lassen. Im Kontinu-

¹³¹ Gemeint ist die gerichtsintegrierte Mediation, die allerdings nur ein Teilaspekt der integrierten Mediation darstellt.

¹³² *Schlieffen* (Kongress)

um der Streitbeilegung wäre sie wie folgt zu positionieren:



Ihr erkenntnispsychologischer Schwerpunkt erlaubt es, die unterschiedlichen Denkweisen aufeinander abzustimmen. Damit ist nicht nur die Denkweise der Disziplinen angesprochen. Das juristische Denken wird nicht eliminiert, sondern *seriell* ebenso einbezogen wie das psychologische. Alles findet seinen Platz in der Mediation¹³³. Die Auseinandersetzung mit den Denkvorgängen erlaubt sogar den Umgang mit Kulturunterschieden. Besonders das sich auf den Ablauf der Mediation auswirkende polychronische Zeitverständnis mancher Kulturen kann methodisch erfasst und in einer Art und Weise erläutert werden, dass der Unterschied zwischen dem westlichen und dem östlichen Modell der Mediation einem einheitlichen Mediationsverständnis zugeschrieben wird. Mithin liefert die integrierte Mediation auch ein Konzept für die Cross Border Mediation.

¹³³ Trossen (Melody of Mediation)

[108] Indem sich die *integrierte Mediation* auf die grundlegenden Elemente und Funktionsweisen der Mediation einlässt, kann sie die Klammer zwischen Verfahren, Methoden und Denkweisen schließen. Gemessen an der Mediation vermag sie die fehlenden Elemente in *jedem* Verfahren zu lokalisieren, um sie dann als Bestandteil des zum Konsens führenden Erkenntnisprozesses ressourcenabhängig vorzuhalten. Das dazu erforderliche *zusätzliche* Wissen wurde in den auf die Verbände abgestimmten Standards der integrierten Mediation gelistet¹³⁴. In das Kontinuum der Streitbeilegung integriert, ergeben sich für die *integrierte Mediation* drei unterschiedliche Perspektiven. Sie beziehen sich auf das jeweils vorliegende Verfahren (Container), innerhalb oder außerhalb derer die Mediation methodisch zur Anwendung kommt. Abhängig von der jeweiligen Perspektive manifestiert sich die *integrierte Mediation* als ein weiteres Mediationsmodell [77], als eine Mediationsform [127] und als ein übergreifendes Konzept, wo sie als ein Metaverfahren verfahrens- und handlungsübergreifend eingesetzt werden kann.

[109] **Als Mediationsmodell fokussiert die *integrierte Mediation* im Wesentlichen den mit der Mediation beschriebenen Erkenntnisflow**¹³⁵. Sie sieht die Mediation als ein Erkenntnismanagement, das eine ganzheitliche Sicht (holistische Mediation) vorhalten muss, um die Komplexität der zu klärenden Fragen in ihrer Vielschich-

¹³⁴ Standards des Verbandes Integrierte Mediation e.V.
<http://www.in-mediation.eu/standards> dl: 1.9. 2012

¹³⁵ *Trossen* (Melody of Mediation); siehe auch Wikipediatio (Flow der Mediation)

tigkeit zu durchdringen. Die integrierte Mediation be- greift die Mediation nicht nur als ein *strukturiertes*, son- dern auch als ein (gedanklich) *strukturierendes* Verfah- ren¹³⁶. **In dieser Kompetenz ist die Mediation das ein- zige Verfahren, das mit der gesamten Komplexität einer Problemstellung umzugehen vermag**¹³⁷. Von dem Mediator wird erwartet, dass er *alle* Modelle und Varianten der Mediation beherrscht und in einem Er- kenntnismanagement abbilden kann. Nur so wird eine systemische Herangehensweise sichergestellt, die mehr erlaubt als nur den gegebenenfalls erforderlich werden- den Wechsel der Mediationsmodelle innerhalb einer Me- diation. Sie erweitert die Ressourcen des Mediators, in- dem sie die Schnittstellen zwischen den Verfahren und Handlungsformen im Auge behält und gegebenenfalls Ressourcen anderer Verfahren einbezieht¹³⁸.

Die sondierende Mediation

[110] In dem Interesse der EU, ein forensisches Verfahren vorzuhalten, das in allen Mitgliedstaaten einen mehr o- der weniger gleichförmigen „access to justice“ ermög- licht, aber auch aus Gründen der merkantilen Verbrei-

¹³⁶ *Trossen* (präzises Zuhören)

¹³⁷ Die Kompetenz mit Komplexität umzugehen wird den Juristen und der Subsumtionsmethodik zugeschrieben. Mit der Sub- sumtion erfolgt jedoch eine Reduktion der Komplexität auf Rechts- und Sachverhaltsfragen. Über das „präzise Zuhören“ ge- lingt es alle Dimensionen der Komplexität zu erfassen und ver- handelbar gegenüberzustellen.

¹³⁸ So ist für die integrierte Mediation nicht nur eine gerichtsnahe Mediation vorstellbar, wo ein Richter in die Mediation verweist, sondern auch ein mediationsnahes Gericht, wo der Mediator die Ressourcen eines Gerichtsverfahrens einzuplanen weiß.

tung, gerät die Mediation mehr und mehr in den Anwendungsbereich von Fällen, die sich noch im Stadium von Vorüberlegungen und Sondierungsgesprächen befinden. Beispiele sind die telefonische Shuttle-Mediation [146] der Rechtsschutzversicherungen oder internationale Online-Mediationen im B2C¹³⁹ Anwendungsbereich¹⁴⁰. Derartige Verhandlungshilfen finden üblicherweise noch vor einer anwaltlichen Erstberatung statt. Deklaratorisch kommt die Mediation zur Anwendung. Dies, obwohl weder der Konflikt noch der Streit so weit ausgeprägt sind, dass sie einer Verstehensvermittlung, also einer eigentlichen Mediation, bedürfen. Eine Differenzierung ist angebracht. Sie wird erforderlich, um die Leistungsfähigkeit der Mediation nicht in Frage zu stellen und ihre Kompetenz nicht zu verwischen. Ohne eine Differenzierung besteht die Gefahr, dass die Parteien etwa nach einer telefonischen Shuttle-Mediation eine weitere Mediation mit der Bemerkung ablehnen, eine Mediation habe doch schon stattgefunden und sei bereits gescheitert [147]. Mit der Abgrenzung zur sondierenden Mediation bleibt der Raum für eine nachfolgende, transformative Mediation erhalten. Es ist als ein Mediationsfehler anzusehen, wenn der Mediator in einer sondierenden Mediation deren Grenzen nicht offen legt und auf diese Unterscheidung nicht hinweist.

✎ Grenzen der Mediation werden nicht offen gelegt

¹³⁹ Business to Consumer / Verbraucherstreitigkeiten

¹⁴⁰ Siehe Wikipediatio(n)(Mobile Mediation), Wikipediatio(n) (Sondierende Mediation), Wikipediatio(n) (Beispiele)

Die Wahl des passenden Mediationsmodells

[111] In einer systematischen Ordnung, die sich an der Bearbeitungstiefe und den dadurch notwendig werden- den Interventionsformen orientiert, präsentieren sich die Mediationsmodelle in folgender Hierarchie: die sondierende, die evaluative, die facilitative, die transformative [94] und die integrierte Mediation. Die Verschiedenartigkeit der jeweiligen Herangehensweisen, erfordert eine Modellauswahl. *Peters* beispielsweise schlägt dem Konsumenten eine SWOT Analyse vor, um das auf den Fall passende Mediationsmodell und den dafür kompetenten Mediator auszuwählen¹⁴¹. Der Vorschlag erkennt die Notwendigkeit der Differenzierung. *Peters'* Ansatz ist insofern bemerkenswert, weil er die professionelle Kompetenz zur Bestimmung des zutreffenden Mediationsmodells *dem Konsumenten* auferlegt. Das ist möglich, wenn die Parteien anwaltlich beraten sind. Dem Dienstleistungsgedanken entspricht es eher, wenn der Fachmann sich unterbrechungsfrei auf veränderte Anforderungen einlassen und das Verfahren dementsprechend anpassen kann. Die Faustregel für die Wahl des passenden Mediationsmodells lautet:

- Die **sondierende Mediation** ist eine mögliche Herangehensweise, wenn die Parteien noch keinen (endgültig) konfrontativen Standpunkt eingenommen haben.
- Die **evaluative Mediation** eignet sich, wenn der Streit nur innerhalb der Bandbreite des Rechts aufgelöst werden kann oder nur in diesem Rah-

¹⁴¹ *Peters* (Selection)

men aufzulösen ist und die Parteien sich bei der Lösungssuche an ihren Positionen orientieren.

- Die **facilitative Mediation** ist angezeigt, wenn die Lösung über die rechtlichen Eckdaten hinaus möglich ist und vorwiegend auf die Interessen (Motive) abstellt.
- Die **transformative Mediation** ist das geeignete Modell, wenn die Sichtweisen der Parteien durch emotionale Einflüsse oder als Folge eines Beziehungs- oder Wertekonfliktes einer Veränderung bedürfen. Sie geht auf die Bedürfnisse ein.
- Die **integrierte Mediation**¹⁴² ist die geeignete Vorgehensweise, wo die Festlegung eines Mediationsmodells [77] oder einer Mediationsform [114] von vorne herein nicht möglich ist, wo der Konflikt hohe Eskalationsstufen erreicht hat¹⁴³, und wo mit Überschneidungen und Kombinationen von Verfahren oder Modellen zu rechnen ist.

[112] **Ein Mediator sollte sich im Klaren darüber sein, dass die Wahl des passenden Mediationsmodells (der „richtigen“ Vorgehensweise) ausschlaggebend für den Mediationserfolg ist.** In einem Konflikt der sozio-emotionalen Dimension beispielsweise ist die transformative Mediation [94] naheliegend. Bewegt sich der Mediator lediglich in der evaluativen oder in der facilitativen Mediation, wird er dem Konflikt nicht gerecht. Dazu

¹⁴² Damit ist NICHT die gerichtsintegrierte Mediation gemeint!

¹⁴³ *Glasl* (Eskalationstufen)

ein Beispiel¹⁴⁴: Der Güterichter in einem arbeitsgerichtlichen Kündigungsprozess, mediiert die Frage der Abfindung nach einer Kündigung ohne auf die Besonderheit einzugehen, dass die Parteien in direkter, gerader Linie miteinander verwandt sind und neben dem Arbeitsverhältnis einem nicht unerheblichen Vater-Sohn-Konflikt ausgeliefert waren. Im konkreten Fall war die einvernehmliche Verhandlung über die Abfindung gescheitert. Die persönliche Beziehung zwischen Vater und Sohn hat sich ebenfalls verschlechtert. Der Güterichter hat weder eine transformative noch eine integrierte Mediation angewendet. Die Beziehungsproblematik blieb unangetastet. Zielführender wäre es gewesen, die Parteien auf die Konfliktursache anzusprechen, um mit ihnen das passende Mediationsmodell zur Festlegung der Vorgehensweise und der Bearbeitungstiefe zu vereinbaren. Eine evaluative oder facilitative Mediation bewirken lediglich eine Problem- nicht ohne Weiteres eine Konfliktlösung.

[113] Zutreffend wäre die Durchführung einer transformativen Mediation. Wenn deren Grenzen erreicht sind, besteht noch Raum für eine integrierte Mediation. Entscheiden sich die Parteien dessen ungeachtet für eine evaluative [83] oder eine facilitative Mediation [82], sollte diese Entscheidung von dem Bewusstsein getragen werden, dass ein wesentlicher Konflikt (Konfliktaspekt) ausgeklammert wird.

✎ Unterlassener Hinweis auf Mediationsmodelle

¹⁴⁴ Quelle: Bericht einer Rechtsanwältin in einer der Mediationsausbildungen des Herausgebers über eine Güterichterverhandlung im Arbeitsgerichtsprozess.

Mediationsform

[114] Während sich die Unterscheidung nach Mediationsmodellen eher auf innere Tatbestände bezieht, erlaubt die Unterscheidung der Mediationsformen einen Blick auf das Äußere, das Formale. In der Begründung zum Gesetzesentwurf wurden die außergerichtliche, die gerichtsnahe und die gerichtsinterne Mediation als *Mediationsformen* bezeichnet¹⁴⁵. Es empfiehlt sich, die vom Gesetzgeber gewählte Begrifflichkeit nicht nur festzuschreiben, sondern auch definatorisch zu hinterlegen [654]. Mediationsformen beschreiben *äußere* Erscheinungsformen der Mediation. Die Mediationsform bildet einen Oberbegriff, unter dem sich Mediationszuschnitte erfassen lassen. Nachfolgend eine nicht enumerative Zusammenstellung:

Unterscheidung nach dem Formalisierungsgrad

Reine Mediation

[115] Der Begriff der reinen Mediation ist synonym mit dem Begriff der Mediation zu verstehen, wie er im MediationsG definiert wurde. Der Begriff wurde zur Verdeutlichung der *integrierten Mediation* eingeführt¹⁴⁶. Der Gesetzgeber verwendet ihn allerdings im Verständnis einer idealtypischen Mediation¹⁴⁷. Die reine Mediation [115], im hier und nachfolgend verstandenen Sinn beschreibt die Mediation als ein selbständiges, isoliertes [1052] und

¹⁴⁵ Begründung, S. 20

¹⁴⁶ Zum Begriff „reine Mediation“ *Trossen* (Mediation visionär) auch: Wikipediaion (Reine Mediation)

¹⁴⁷ BT-Drucks. 16/3655, S. 50

formelles [59] Verfahren¹⁴⁸, das *alle* (also auch nicht idealtypische) Formen der Mediation einschließt.

Gesetzliche Mediation

[116] Die juristische Sicht auf das Verfahren legt eine Differenzierung zugrunde, welche die Verfahren nach formellen Kriterien abzugrenzen versucht [59]. Der Anspruch, ein privatautonomes Verfahren, das auf einer informellen Kommunikation basiert und sich durch Flexibilität, Kreativität und Einvernehmen auszeichnen soll in vorgegebene Regeln zu fassen, erzeugt einen immanenten Widerspruch. Die gesetzliche Mediation ist eine formalisierte Mediation. Sie basiert auf der Form der reinen Mediation [115], indem sie dazu eine Untermenge bildet. Mit anderen Worten: Das MediationsG ist nicht auf jede (formelle) Mediation anwendbar.

Forensische Mediation

[117] Stets ist es die Justiz, die einen gewichtigen Einfluss auf die Gestaltung und die Nachfrage des Verfahrens nimmt. Sie bildet traditionell in vielen Kulturen den Höhepunkt der streitigen Auseinandersetzung. Schon deshalb prägt sie das Gesicht der Mediation. Die Mediation wird an ihr gemessen und mit ihr verglichen. Sie wird als Alternative¹⁴⁹, Ersatz und Ergänzung gesehen. Manche Autoren sehen in der zwischen den Parteien bestehenden Rechtsunsicherheit sogar ein Eignungskriterium für

¹⁴⁸ Gemeint ist ein Verfahren, bei dem die Mediation selbst den Verfahrenscontainer stellt.

¹⁴⁹ Kritisch dazu *Trossen* (Alternative)

die Mediation¹⁵⁰, obwohl dort eine Recht Sprechung gerade nicht gibt.

[118] Sowohl die Bemühungen um eine gesetzliche Regelung der Mediation als auch der Versuch, die Mediation als eine Alternative zum Gerichtsverfahren zu etablieren, fokussiert diejenigen Fälle, die vornehmlich in einem Gerichtsverfahren abgewickelt werden. Die Mediation erfasst aber einen viel weiter gehenden Radius mit Problemstellungen, die niemals vor einem Gericht zur Verhandlung kämen. Darunter fallen z.B. Angelegenheiten, bei denen es um die Frage der Trennung oder um innerbetriebliche Fragestellungen geht. Es scheint so, als entkoppele sich die Mediation in justiznahen und einen justizfernen Bereich. *Berger*¹⁵¹ hat den Begriff der forensischen Mediation [117] eingeführt. Dabei handelt es sich um eine Mediation, die ihrem Gegenstand entsprechend ein Gerichtsverfahren abwenden kann, sich also mit Forderungen (Ansprüchen) auseinandersetzt, unabhängig davon, ob es sich um eine gesetzliche Mediation handelt oder nicht.

Unterscheidung nach dem Mediatorenaufkommen

Einzelmediation

[119] Die Mediation wird mit nur *einem* Mediator durchgeführt.

¹⁵⁰ *Risse / Wagner* (2009), § 23 Rdnr. 36

¹⁵¹ *Iris Berger* erwähnte diesen Begriff erstmals auf einer Versammlung des Integrierte Mediation e.V.

Co-Mediation

[120] Die Mediation wird von zwei Mediatoren gemeinsam durchgeführt. Ihr wichtigster Anlass ist die Erweiterung des Gesichtskreises der Mediatoren. Die zusammen auftretenden Mediatoren sollten sich deshalb nicht verdoppeln, sondern ergänzen. Nur so kann eine möglichst breite Wahrnehmungsbasis abgedeckt werden. Sinnvoll sind deshalb Kombinationen aus einem männlichem und einem weiblichem Mediator, einem Jurist und einem Psychologen oder einem Jurist und einem Ökonom, usw. Eine Co-Mediation ist nicht zwingend vorgeschrieben. Es ist auch eine Frage der Leistbarkeit ob ein oder zwei Mediatoren eingesetzt werden können oder nicht. Der Einsatz von Co-Mediatoren wird eine Pflicht, wenn die Zahl der Medianten eine bestimmte Größenordnung annimmt oder wenn es das Setting erfordert. Die fehlende Information über die Notwendigkeit einer Co-Mediation ist als ein Mediationsfehler anzusehen, weil sie den Medianten die Möglichkeit nimmt, über die Verfahrenseffizienz zu disponieren.

✎ Fehlende Information über Co-Mediation

[121] Als Faustregel mag gelten: **Eine Co-Mediation ist immer dann erforderlich ist, sobald die Mediation aus einer Teilnehmerzahl oder einem Setting besteht, das den Mediator daran hindert, alle Medianten im Blick zu haben.** Mediatoren müssen *alle* Medianten gleichzeitig und gleichförmig wahrnehmen können. Nur so können sie erkennen, wann der Gegner wie auf eine Bemerkung der anderen Partei reagiert oder nicht. Der Mediator wäre nicht in der Lage, der Partei zu-

rückzumelden, wie die Gegenseite etwa auf eine bestimmte Äußerung reagiert hat. Dort wo der Blick des Mediators nicht hinreicht, zählt es zu den Aufgaben der Co-Mediatoren, sich mit dem Mediator darüber auszutauschen, was ihm verborgen geblieben sein könnte.

✎ Wahrnehmungseinschränkendes Setting

[122] Wenn eine Co-Mediation zwar angezeigt, aber nicht finanzierbar oder gewollt ist, hat der Mediator die Medianten und seine Vertragspartner darauf hinzuweisen. Die Parteien müssen die Möglichkeit haben, weitere Mediatoren einzusetzen oder sich für ein anderes Verfahren zu entscheiden.

Team-Mediation

[123] Die Mediation wird von mehreren Mediatoren durchgeführt. Wie bei der Co-Mediation wird es als ein Mediationsfehler anzusehen sein, wenn der Mediator keine Teammediatoren einsetzt.

✎ Einzel- statt Co- oder Teammediation

[124] Ist der Einsatz von Teammediatoren nicht gewollt oder möglich, dann hat der Mediator dennoch die Notwendigkeit einer Teammediation herauszustellen, um sich einer Haftung zu entziehen.

✎ Kein Hinweis auf eine notwendige Teammediation

Peer-Mediation

[125] Die Peer-Mediation beschreibt eine verbreitete Form der Mediation an Schulen. Insoweit handelt es sich um eine Fachmediation [157]. Peer-Mediation bedeutet

Mediation unter Gleichrangigen bzw. Gleichaltrigen. Zwei Jugendliche klären freiwillig ihren Konflikt mit der Unterstützung eines anderen Jugendlichen, der als Vermittler fungiert¹⁵². Meist findet die Mediation unter beschränkt geschäftsfähigen Mediatoren und Medianden statt [325]. Weil die Peer-Mediation meist in Schulsysteme integriert wird, handelt es sich auch um eine besondere Mediationsform.

Unterscheidung nach dem Verfahrensbezug

Gerichtsmediation

[126] Die Gerichtsmediation ist der Oberbegriff für alle Formen der Mediation im Umfeld des Gerichts [1019]. Zu unterscheiden sind die gerichtsnahe Mediation [1021], die gerichtsinterne Mediation [1021][1022], die gerichtsintegrierte Mediation [1034][554] und seit dem Inkrafttreten des MediationsG auch die Güterichterverhandlung [667].

Verfahrensintegrierte Mediation

[127] Die *Integrierte Mediation* geht davon aus, dass die bloße Anwendung mediativer Techniken außerhalb der Mediation zu nicht mehr führen würde als zu einer Verbesserung des Verhandlungsklimas. In dem Verständnis der *Integrierten Mediation* bedarf es also mehr als nur der Anwendung von Mechanik und Technik; umso mehr dort, wo die Mediation nicht in den vorgesehenen Bahnen ablaufen kann. Bei genauer Betrachtung bedarf es des gesamten Werkzeugkoffers [52] eines Mediators,

¹⁵² Nörber (Peer-Education), S. 258

wenn die Mediation wo und wie auch immer funktionieren soll. Es bedarf der Strategie, des spezifisch strukturierten und strukturierenden, mediativen und präzisen Denkens (um das Wort Haltung zu vermeiden), der Beachtung der Prinzipien und der Methodik. Die Verfahrensintegrierte Mediation ist weder eine reine Mediation noch eine Mediation i.S.d. Mediationsgesetzes. Sie ist eine methodische Anwendung der Mediation, vergleichbar mit dem Güterichterverfahren, wobei der Umfang und die Möglichkeiten der methodischen Anwendung von dem determinierenden Verfahren als Container [47][47] vorgegeben werden.

Außergerichtliche Mediation

[128] Es handelt sich um eine reine Mediation, die von den Medianden in Auftrag gegeben wird, unabhängig davon, ob ein Gerichtsverfahren anhängig ist oder nicht.

Anwaltsmediation

[129] Die Abgrenzung des MediationsG zum RDG legt eine problematische Unterscheidung zwischen der Mediation *mit* Rechtsberatung und der Mediation *nahe*, die *keine* Rechtsberatung enthält.

Täter-Opfer-Ausgleich

[130] Die Mediation in Strafsachen ist nicht nur eine Fachmediation [157]. Wegen der Nähe zum Strafrecht und der Einbeziehung in Strafverfahren unterliegt der Täter-Opfer-Ausgleich (ToA) "trotz seiner Nähe zur Mediation" spezialgesetzlichen Regelungen, so dass der ToA

vom Mediationsgesetz nicht erfasst wird¹⁵³. Regelungen finden sich in den §§ 155a, 155b StPO und § 46a StGB. Das Opfer einer Straftat soll in den Mittelpunkt gerückt werden. Der Täter kann mit einer Strafmilderung belohnt werden, wenn er sich um den Opferausgleich bemüht. Anders als in der Mediation wird das Ergebnis nach § 46a StGB Nr. 1 nicht auf eine beliebige Einigung, sondern auf die Wiedergutmachung der Tat bezogen. Der Täter muss nach § 46 a StGB Nr. 2 eine erhebliche persönliche Leistung und eine Entschädigung anbieten. Nach § 155 a StPO erfolgt der ToA auf Initiative von Staatsanwaltschaft oder Gericht parallel zum Gerichtsverfahren. Der ToA ist nur in geeigneten Fällen zulässig und nicht gegen den Willen des Opfers. Er beginnt mit getrennten Vorgesprächen, die dann in ein Ausgleichsgespräch überführt werden. Der Vermittler muss die Einhaltung des Vertrages, der Abschlussvereinbarung überwachen.

Restorative Justice

[131] Der Begriff kommt aus dem Englischen. „restore“ bedeutet wiederherstellen, „justice“ kann Gerechtigkeit aber auch Justiz bedeuten. Der Begriff lässt sich nicht genau übersetzen. Gemeint ist aber eine immer wieder mit der Mediation in Berührung kommende alternative Form der Konfliktbeilegung. Sie ist hauptsächlich auf das Strafverfahren bezogen. Man versucht, Geschädigte und Beschuldigte zu einer Suche nach Lösungen zusammen zu führen. Es wird eine Wiedergutmachung materieller und immaterieller Schäden und die Wiederherstellung von

¹⁵³ Begründung, S. 16

positiven sozialen Beziehungen angestrebt. Der Täter-Opfer-Ausgleich im deutschen Strafrecht stellt aufgrund seines Ausgleichsgedankens ein Instrument der *Restorative Justice* dar, kann aber deren volle Wirkung nicht erreichen, da er das oft auch stark in Mitleidenschaft gezo- gene Umfeld der Parteien nicht mit einbezieht¹⁵⁴. Gedanklich ist die *Restorative Justice* nahe bei der *Integrier- ten Mediation*. Es ist aber keine Mediation i.S.d. MediationsG.

Kooperative Praxis (kooperative Anwaltsverfahren)

[132] Die *Kooperative Praxis* ist ein Verfahren, das die Anwaltsvertretung und die Mediation im materiellen Verständnis [60] in einem Mandat verbindet¹⁵⁵. Die *Kooperative Praxis* (Cooperative Practice – CP, oder Collaborative Law – CL) ist in den USA schon lange ein Begriff und hat sich dort in unterschiedlichsten Formen etabliert. Auch in Deutschland bilden sich seit einigen Jahren Gruppierungen und Netzwerke. Gemeinsam ist allen Initiativen, dass die Anwälte der *Kooperativen Praxis* auch Mediatoren sein müssen und sich in Netzwerken zusammenschließen. Die Anwendung der kooperativen Praxis setzt voraus, dass die Mandate spiegelbildlich abgeschlossen werden. Die Parteilichkeit des Anwalts und die Neutralität des Mediators lassen sich in einem Mandat verbinden, wenn man Recht und Konflikt voneinan-

¹⁵⁴ Ministerium der Justiz in Schleswig-Holstein (restorative justice)

¹⁵⁵ Ankom: vgl. „Anwaltliches Netzwerk für kooperative Praxis und Mediation“ www.an-kom.de unter „Materialien“; Mitteilung der Rechtsanwaltskammer Frankfurt, Kammer Aktuell 3/12 „Kooperative Praxis – Einstieg in ein neues Berufsverständnis?“

der trennt. Berufsrechtlich schafft die Berufsordnung für Rechtsanwälte (BORA) hierfür den Rahmen. In § 1 Abs. 3 beschreibt sie die beruflichen Rollen des Anwalts. Danach hat der Anwalt über seine Rolle als Rechtsvertreter hinaus seine Partei *konfliktvermeidend* und *streitschlichtend* zu begleiten. Die BORA schreibt nicht vor, welche Methodik der Anwalt bei der konfliktvermeidenden und streitschlichtenden Begleitung anzuwenden hat. Er kann also wählen. Mediation als eine professionelle Methode der Konfliktbearbeitung ist als ein geeignetes und zulässiges Mittel in diesem Rahmen zu betrachten. Berufsrechtlich schließen sich somit Rechtsvertretung und Mediation (als Methode) in ein und demselben Mandat nicht aus. Für die Fragen der Haftung oder auch eines Parteiverrats gilt im Prinzip nichts anderes als in der konventionellen Anwaltspraxis. Auch mit dem MediationsG ist die *Kooperative Praxis* vereinbar (vgl. § 3 Abs. 3 i.V. mit Abs. 4). Ihre Rechtsgrundlage ist das Anwaltsmandat, das aber durch die besondere Vereinbarung ergänzt wird, im persönlichen Konflikt miteinander zu kooperieren. Damit ist in der Regel das Versprechen beider Parteien verbunden, auf eine streitige Gerichtsauseinandersetzung zu verzichten. Entscheidet sich auch nur eine Partei, ihren Anspruch gerichtlich durchzusetzen, endet in diesem Fall das kooperative Mandat für beide Seiten (Ausschlussklausel)¹⁵⁶. Die Anwälte übernehmen die rechtliche Beratung und Vertretung ihrer Partei als Parteivertreter. Zugleich - oder daneben - haben sie den Auftrag, mit den Mitteln der Mediation den Konflikt der Parteien mit diesen lösen zu helfen, um eine Einigung zu erzielen.

¹⁵⁶ Lenz (2010)

[133] Kooperative Praxis beruht auf einem ganzheitlichen Ansatz: Neben dem juristischen Bezug eines Streitfalls werden auch die emotionalen, sozialen und wirtschaftlichen Aspekte des Konflikts mit berücksichtigt, um daraus ein Gesamtbild der Sache zu erhalten. Das Ziel ist dementsprechend eine Gesamtlösung aller vom Konflikt betroffenen Bereiche. Dies deckt sich mit der Zielsetzung der Mediation, wobei der Basisauftrag der kooperativen Praxis freilich nicht eine Mediation, sondern spiegelbildlich abgeschlossenes Anwaltsmandat ist. Das Anwaltsmandat *integriert* somit die Mediation im Rahmen des berufsrechtlichen Spektrums.

[134] Folgerichtig orientiert sich das kooperative Anwaltsverfahren an den verschiedenen Phasen der Mediation¹⁵⁷: Nach einer Vorbereitungsphase zur Information über das Verfahren, gefolgt von einer persönlichen Rechtsberatung bezogen auf die beabsichtigte Kooperation, einem (oder mehreren) gemeinsamen Verhandlungsgespräche(en) zur Herausarbeitung der Interessen und Bedürfnisse, dem Finden eines Konsenses auf Basis einer Verständigung, steht am Ende die Protokollierung einer juristischen Abschlussvereinbarung.

[135] Der Vorteil des konsensuellen Anwaltsverfahrens gegenüber der reinen Mediation besteht vor allem darin, dass die Parteien durch die Teilnahme ihrer Anwälte, die zugleich Mediatoren sind, einen permanenten Zugang zu rechtlicher Beratung und Unterstützung haben¹⁵⁸.

¹⁵⁷ Fritz (Mediationsgesetz), S. 802

¹⁵⁸ Fritz (Mediationsgesetz), S. 804

[136] In Deutschland haben sich verschiedene Formen und Gruppierungen zur kooperativen Praxis herausgebildet. Neben solchen Ansätzen, die versuchen, die Grundgedanken gemäß den bestehenden Gegebenheiten umzusetzen und weiterzuentwickeln¹⁵⁹, sind vor allem die Modelle hervorzuheben, die sich an den amerikanischen Vorbildern orientieren. Dies sind „Collaborative Law“ und vor allem „Cooperative Practice“¹⁶⁰, hier unter der Bezeichnung „Cooperative Praxis - CP“¹⁶¹ bekannt. Eine Besonderheit des sog. „CP-Modells“ besteht in dem Angebot zum Verfahren weitere Experten hinzuzuziehen. Diese Experten bilden dann zusammen mit den „CP-Anwälten“ ein Team, so dass die Klienten nicht nur jeweilige Anwälte, sondern ein ganzes Team beauftragen („Team-Modell“).

[137] Gemeinsam ist allen Modellen die Notwendigkeit, sich in regionalen Netzwerken zu organisieren¹⁶², um spiegelbildliche Verträge zu ermöglichen. Netzwerke haben sich jedoch erst ansatzweise realisiert. Zu nennen sind: www.an-kom.de (Frankfurt/Rhein-Main), www.cooperative-praxis.de (mit Gruppen in München, Freiburg / Südbaden und Köln / Rheinland). Darüber hinaus wurde ein Dachverband unter dem Namen „Deutsche Vereinigung für Cooperative Praxis DVCP“ gegründet mit dem Ziel, nach Möglichkeit alle Gruppen miteinander zu koordinieren¹⁶³.

¹⁵⁹ Engel, ZKM 2010, 112 ff; www.an-kom.de

¹⁶⁰ Binder, S. 15 ff

¹⁶¹ www.cooperative-praxis.de

¹⁶² Fritz (Mediationsgesetz), S. 809

¹⁶³ Näheres unter www.cooperative-praxis.de

Vertragsmediation

[138] Mehr und mehr wird auch zwischen der „conflict mediation“ und der „contract mediation“ unterschieden. In Deutschland wurde der entsprechende Begriff „Vertragsmediation“ von *Waltz* eingeführt¹⁶⁴. Die Unterscheidung deutet auf mediative Ansätze der Kautelarjuristen und Notare hin [288], wo die Mediation bei der vertraglichen Gestaltung eingesetzt wird. Die EU Richtlinie geht übrigens davon aus, dass Streitige, vorvertragliche Verhandlungen keine Mediationen i.S.d. Richtlinie sind¹⁶⁵.

Faktische Mediation

[139] Der Umstand, dass der Begriff der Mediation einem irgendwie gearteten professionellen Auftritt des Mediators zugeordnet wird, wirft die Frage auf, wie man Mediationen nennt, die *keinen* professionellen Anspruch erheben und *nicht* dem MediationsG unterworfen sind. Mit dem Begriff der faktischen Mediation soll eine Unterscheidung zwischen der im beruflichen und der im privaten oder kollegialen Umfeld durchgeführten Mediation möglich werden. Nur die rechtsverbindliche Mediation unterliegt dem MediationsG [746] [757]. Das bedeutet aber nicht, dass es alltägliche Mediationen gibt, die durchaus auch als Mediation abgewickelt werden, auch wenn sie nicht die Kriterien des Gesetzes erfüllen und auf faktischen Rechtsverhältnissen beruhen [211]. Zumindest unter wissenschaftlichen Gesichtspunkten wäre es eine Einschränkung der Potenziale und des Wissens um

¹⁶⁴ *Walz* (Interessenkoordination durch Notare), NJW 2002,3446

¹⁶⁵ EU-RL Rdnr. 11

die Mediation, wenn der Blick auf Mediation nur auf die abzurechnende Konfliktbeilegung gerichtet wird. Bei der faktischen Mediation wird eine Mediation durchgeführt, ohne dass die Parteien einen auf die Mediation gerichteten Rechtsbindungswillen haben [757].

Unterscheidung nach dem Zugang

Donatormediation

[140] Die Donatormediation ist der Sammelbegriff für gestiftete Mediationen. Das markante Kriterium ist das Auseinanderfallen von Vertrags- und Prozessparteien [204]. Die Kosten der Mediation werden von einem Auftraggeber übernommen, der nicht als Mediand in Erscheinung tritt. Für den Mediator kommt es darauf an, dass er auch dem Donator gegenüber seine Unabhängigkeit und die Vertraulichkeit der Mediation bewahrt¹⁶⁶.

Mandatory Mediation (Obligatorische Mediation)

[141] Mandatory Mediation ist eine verpflichtete Mediation. Ihre Sinnhaftigkeit und Zulässigkeit wird besonders im Ausland heftig diskutiert. Sie ist nach der hier vertretenen Auffassung weder erforderlich noch mit dem Wesen der Mediation zu vereinbaren [39]. Einzelheiten über die Grenzen der Zulässigkeit und die Beweggründe der Zulassung ergeben sich aus den Ausführungen über die Auswirkungen und die Wirkung von Zwang im Umfeld der Mediation [385].

¹⁶⁶ Musterverträge siehe Wikipediatioon (Formulare)

Ad-Hoc Mediation

[142] Die Ad-Hoc Mediation grenzt sich zur institutionalisierten Mediation ab. Analog der Ad hoc Arbitration¹⁶⁷ sind darunter Mediationen zu verstehen, die *nicht* über Organisationen oder Institutionen verwaltet werden. Meist wird der Mediator in diesen Fällen von den Medianden direkt beauftragt und nicht von einer Institution vermittelt.

Institutionalisierte Mediation

[143] Der Begriff wird von *Greger*¹⁶⁸ eingeführt. Er grenzt sich von der Ad-Hoc Mediation ab. Gemeint sind diejenigen Fälle, bei denen die Medianden die Dienste einer Mediatorenorganisation etwa zur Vermittlung eines Mediators in Anspruch nehmen. Der Vorteil institutionalisierter Mediationen mag in der vorherigen Berechenbarkeit und Transparenz gesehen werden. Ihr Nachteil indes ist die damit einhergehende Generalisierung und die institutionelle Ausrichtung eines individuellen Verfahrens. Verfahrensbezogene Vorgaben sind bei hoheitlich ausgerichteten Verfahren ohne weiteres möglich. Sie lassen sich nicht ohne weiteres auf die Mediation als ein privatrechtlich zu organisierendes Verfahren übertragen. Welche Gefahren mit einer Institutionalisierung der Mediation verbunden sind, zeigen die Ausführungen zur Mediationsordnung [201].

¹⁶⁷ *Mason* (Institutional vs. ad hoc arbitration)

¹⁶⁸ *Greger/Unberath* 1 Einl. 48ff., § 2 Rdnr. 105

Unterscheidung nach der Durchführung

Shuttle Mediation (Pendelmediation)

[144] Die Shuttle-Mediation wird auch Pendelmediation genannt. Die Medianden halten sich in verschiedenen Räumen auf. Der Mediator führt getrennte (Einzel-)Gespräche [800] mit jedem Medianden und wechselt dabei von Raum zu Raum. Im angelsächsischen Raum sind Caucus und Shuttle-Mediationen nicht unüblich. In Deutschland gelten sie eher als unprofessionell. Keinesfalls eignet sich das Format einer Shuttle-Mediation für eine transformative Mediation.

✎ Mediationsform und Modell passen nicht zusammen

[145] De facto führt der Mediator auch bei einer Mediation, wie sie überwiegend in Deutschland praktiziert wird, über die sog. Windows 1 Technik¹⁶⁹ Einzelgespräche in Form von Dialogen. Im Unterschied zum Shuttle ist der Gegner bei den Dialogen anwesend, so dass er den Sichtweisen verändernden „Übersetzungseffekt“ authentisch miterlebt. Eine pauschale Ablehnung von Einzelgesprächen würde der Mediation nicht gerecht werden. Getrennte Gespräche können immer dann erforderlich werden, wenn es darauf ankommt, einzelne Medianden in eine Gesprächssituation zu bringen, die es ihnen erlaubt, Scham und Scheu für ein offenes Gespräch zu überwinden. Erkennt der Mediator diesen Bedarf nicht, ist die Unterlassung eines Einzelgesprächs sogar als ein Mediationsfehler zu bewerten. Einzelgespräche sind im

¹⁶⁹ Trossen (Mediation grundlegend), S. 194

Bereich der interkulturellen oder der innerbetrieblichen Mediation ein wirksames Hilfsmittel.

✎ Unterlassenes Einzelgespräch als Intervention

Telefonische Shuttle-Mediation

[146] Die Rechtsschutzversicherungen und beispielsweise die Anwaltshotline AG bieten einen Service an, den sie als Shuttle-Mediation bezeichnen. Hier geht es darum, den Streit eines Versicherungsnehmers mit einer anderen Partei durch eine telefonische Intervention beizulegen. Die Bezeichnung dieses Vorgehens als Shuttle-Mediation ist irreführend. Der Mediator hält - anders als bei der Shuttle-Mediation - ausschließlich telefonischen Kontakt zu den Parteien. Er bekommt die Parteien nicht zu Gesicht. De facto handelt es sich um eine asynchrone Telefonmediation [148]. Mit der telefonischen Shuttle-Mediation wollen die Versicherungen aus dem Image heraustreten, dass sie nur zahlen und sich nicht weiter um den Versicherungsnehmer kümmern. Andererseits ist die telefonische Shuttle-Mediation für die Rechtsschutzversicherungen ein lukratives Geschäft. Nach einer Studie der *Viadrina* Universität sparen die Rechtsschutzversicherungen durchschnittlich 930 EUR/Fall ein, wenn sie diesen Weg einschlagen und ein Gerichtsverfahren vermeiden¹⁷⁰. Weil die Rechtsschutzversicherungen meist auf einen eigenen Mediatorenpool zurückgreifen, wird die Unabhängigkeit des von den Rechtsschutzversicherungen beauftragten Mediators [698] in Frage gestellt. Er wird verdächtigt, dem Interesse seines Auftrag-

¹⁷⁰ Richter (Mediation)

gebers folgend, eher auf die Streit- als auf die Konfliktbeilegung zu achten und die Parteien in eine Einigung zu treiben. Weil er von der Rechtsschutzversicherung als seinem Auftraggeber bezahlt wird, könnte er der Gefahr erliegen (gegebenenfalls auch verdeckt) deren Interessen wahrzunehmen. Der Mediator ist in diesen Fällen also gut beraten, wenn er § 3 Abs. 1 folgend die Parteien über seine Bezahlung informiert und den Grad seiner Abhängigkeit vom Auftraggeber offenbart.

✎ Bedenken gegen die Unabhängigkeit nicht offenbart

Die Anwaltschaft fürchtet um ihren Markt. Allerdings soll der geschätzte Marktanteil der Rechtsschutzversicherungen nicht mehr als zwei bis drei Prozent der Fälle betragen¹⁷¹. Nach einer Entscheidung des LG Frankfurt¹⁷² ist es der Versicherung inzwischen untersagt, die Parteien in eine Mediation zu zwingen, indem sie die Kostenerstattung für eine anwaltliche Inanspruchnahme von der Durchführung eines nicht wählbaren Mediators abhängig macht. De facto wird dem Versicherungsnehmer eine Beratung vorenthalten, wenn „... für die außergerichtliche Wahrnehmung von Interessen nur die ... Kosten eines von ihm ausgewählten Mediators ...“ erstattet werden. Die Kalkulation übersieht, dass der Mediator keinerlei Interessen wahrnimmt und dass ihm jegliche parteiliche Beratung untersagt ist [253][262][281].

¹⁷¹ Richter (Mediation)

¹⁷² Urteil vom 07.05.2014, 2-06 O 271/13, LG Frankfurt. Besprochen auf Wikipediation (Mediationsverpflichtung durch Rechtsschutzversicherung), dl: 23.8.2014

[147] Die telefonische Shuttle-Mediation erfolgt oft im ersten Zugriff, also noch vor einer Rechtsberatung, Sie ist dann oft nicht mehr als eine *sondierende Mediation* [110]. Um den späteren Wechsel in ein geeigneteres Mediationsmodell nicht zu verschließen, ist der Mediator gehalten, die Medianden über die Grenzen und Möglichkeiten dieses Vorgehens und die verschiedenen Angebote der Mediation in Abgrenzung zu anderen Formen der Konfliktbeilegung korrekt zu informieren. Es ist schon vorgekommen¹⁷³, dass Mandanten eine Mediation mit dem Hinweis abgelehnt haben, sie hätten bereits eine erfolglose Mediation durchgeführt. Gemeint war die Shuttle-Mediation. Zielführend und sinnvoll wäre gegebenenfalls noch eine transformative Mediation. Das zu erkennen wird schwierig, wenn die Parteien nicht über die Grenzen der einen und die Möglichkeiten der anderen Vorgehensweise informiert werden.

✎ Mediationsmodell und Grenzen nicht ausgewiesen

Telefonmediation

[148] Die Telefonmediation wurde erstmals offiziell in sogenannten small business cases in England eingesetzt¹⁷⁴. Dort hat ein zur Mediation ausgebildeter Clerk (Rechtspfleger) telefonisch mit den Parteien getrennt Kontakt aufgenommen und auf diesem Weg die Erledigung vieler Fälle ermöglicht. Es handelt sich um eine Mediation, die nur in Einzelgesprächen geführt wird. Sie ist auch nur in einfach gelagerten Fällen denkbar, die keinen großen

¹⁷³ Der Hinweis geht auf Gespräche des Hrsg. mit Rechtsanwälten zurück.

¹⁷⁴ *Trossen* (Telefonmediation)

Vermittlungsaufwand erfordern. Die Telefonmediation ist eine untypische Mediation. *Winzek* beschreibt den Vorgang wie folgt¹⁷⁵: „Der Mediator spricht zunächst mit einer Konfliktpartei. Es werden gemeinsam mögliche Lösungsoptionen entwickelt. Im Anschluss telefoniert der Mediator mit der anderen Konfliktpartei und hört sich ihre Sicht der Dinge an. Der Mediator unterbreitet die zuvor entwickelten Lösungsmöglichkeiten, diese werden mit der zweiten Konfliktpartei abgestimmt, im besten Fall gibt es bereits dann ein Ergebnis, mit dem beide Parteien zufrieden sind. Gegebenenfalls macht der zweite Ansprechpartner einen neuen Vorschlag, der dann wiederum telefonisch mit dem anderen Konfliktpartner besprochen wird“. Untypisch ist der Ablauf. Auffällig ist bereits, dass die *gesamte* Mediation im Einzelgespräch abgewickelt wird. Üblicherweise kommen Einzelgespräche nur in bestimmten Phasen zum Einsatz¹⁷⁶. Selbst bei der Online-Mediation würde der Mediator eine Konferenzschaltung versuchen. Weiterhin gibt es keine deutliche Phasentrennung. Auffällig ist schließlich, dass schon bei dem Erstgespräch andere Lösungen (Phase 4) abgestimmt werden, obwohl weder ein Mediationsvertrag (Phase 1) vorliegt noch die Positionen gegeneinander abgegrenzt sind (Phase 2). Zweifellos lassen sich Verhandlungen über andere Lösungen auf Vorrat führen. Es kommt jedoch die Frage auf, wie es der Partei schon in dem Erstgespräch ohne eine juristische Beratung gelingt, von ihrer Position Abstand zu nehmen und für an-

¹⁷⁵ *Winzek* (Telefonmediation)

¹⁷⁶ Vgl. die Zusammenstellung der Literaturmeinung bei *Driehaus*, *GewArch* 2005, 94-99

dere Lösungen offen zu sein? Der Umstand, dass die telefonische Shuttle-Mediation ausschließlich von Rechtsanwälten durchgeführt wird, nährt den Verdacht, dass es sich um eine Beratung mit mediativen Mitteln handelt. Nachdem der Dienst jedoch als Mediation beschrieben wird, muss er sich am MediationsG messen lassen¹⁷⁷.

Online Mediation

[149] Die Online-Mediation etabliert sich mehr und mehr unter dem Begriff der ODR¹⁷⁸. Die EU hat die ODR inzwischen in den Verbraucherstreitigkeiten etabliert. Die dementsprechende Richtlinie liegt bereits vor¹⁷⁹. Bei der ODR wird die Mediation mit technischen und elektronischen Hilfsmitteln durchgeführt. Zu unterscheiden sind die asynchrone und die synchrone Online-Mediation. Die asynchrone Online-Mediation verwendet E-Mails als wesentliches Werkzeug, während die synchrone Online Mediation Chats und Videokonferenzen einsetzt¹⁸⁰. Die Online-Mediation ist eine Anwendungsform der CBM (Cross Border Mediation) [157] [1242].

Mobile Mediation

[150] Die Mobile Mediation (engl.) bezeichnet eine Online-Mediation unter Einsatz eines Smart-Telefons. Die Medi-

¹⁷⁷ Wikipediation (Telefonische Shuttle Mediation), dl: 23.8.2014

¹⁷⁸ Online Dispute Resolution

¹⁷⁹ vgl Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Online-Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten (Verordnung über Online-Streitbeilegung), KOM(2011) 794 (Vorschlag) und Commission staff working paper Brussels, 29.11.2011 SEC(2011) 1408 http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/docs/impact_assessment_adr_en.pdf

¹⁸⁰ Trossen (CBM Handbuch)

ation wird somit im wahrsten Sinne des Wortes mobil eingesetzt. Begriff und Anwendung wurden von *Leone* eingeführt¹⁸¹.

Unterscheidung nach der Vorgehensweise

Kurzmediation

[151] Die Kurzmediation ist eine reine Mediation [115] unter zeitlichem Limit. Hier werden die Phasen proportional auf den zuvor vereinbarten Zeitrahmen verteilt. Der Mediator erinnert die Medianden an die Einhaltung der Zeitvorgaben. *Krabbe* bezeichnet die Kurzmediation als die verdichtete Form der „Langzeit-Mediation“¹⁸².

Narrative Mediation

[152] Die narrative Mediation war in den 80-er Jahren des letzten Jahrhunderts in Australien aufgekommen. Sie lehnt sich an die „narrative family therapy“ an. Oft wird die narrative Mediation als eine weitere Mediationsart aufgeführt. Ihr Standort im Kontinuum der Streitbeilegung [101] ist jedoch mit dem der transformativen Mediation identisch, so dass die narrative Mediation als ihr Unterfall zu sehen ist. Das ist der Grund, warum die narrative Mediation in der hier vorgegebenen Systematik nicht als ein eigenständiges Mediationsmodell aufgeführt wird. Trotzdem ist die Vorgehensweise, also die Methodik innerhalb der Mediation zu unterscheiden. Narrativ bedeutet erzählend. Der narrative Mediator nimmt eine Perspektive ein, die dem „Kinobesucher“ der *integrierten*

¹⁸¹ *Trossen* (Mobile Mediation)

¹⁸² *Krabbe* (Kurz-Mediation)

Mediation entspricht¹⁸³. Er achtet auf die persönlichen Geschichten der Parteien und den Kontext, in dem diese Geschichten eingebettet¹⁸⁴ sind. Das Zuhören und das Eingehen auf die in den Geschichten wiederzufindenden Rollen und Bilder ist sein Arbeitsschwerpunkt, mit dem er die verborgenen Anliegen der Parteien herausarbeitet¹⁸⁵.

Perspektiven-Reflexive Mediation

[153] Die korrekte Bezeichnung dieser Variante der Mediation heißt: „perspektiven-reflexives Modell interkultureller Mediation“. Ihr Anwendungsbereich ist damit vorgegeben. Wie bereits bei der narrativen Mediation handelt es sich um kein eigenständiges Modell, aber um einen Stil prägende Methodik. Auch hier geht es um einen Perspektivenwechsel, mithin eine Transformation, welche die Auflösung des Konfliktes herbeiführen soll. Das perspektiven-reflexive Modell interkultureller Mediation beschreibt, wie der Mediator die Eindrücke unterschiedlicher kultureller Prägungen von Arbeits- und Kommunikationsstilen thematisieren und reflektieren kann. *Kriegel-Schmidt* weist 5 Perspektiven aus, die bei der interkulturellen Mediation zu beachten sind¹⁸⁶: sprachliche Besonderheiten, Handlungsorientierungen, kulturalisie-

¹⁸³ *Trossen* (Mediation visionär)

¹⁸⁴ Kontext und Geschichte sind zugleich Dimensionen des präzisen Zuhörens.

¹⁸⁵ Eine tiefere Beschreibung der narrativen Mediation findet sich bei Wikipediation (Narrative Mediation), dl. 23.8.2014 oder: <http://www.virtualmediationlab.com/wp-content/uploads/2013/08/Narrative-mediation.pdf>

¹⁸⁶ *Kriegel-Schmidt* (Fallbeispiel) S. 22

rende Zuschreibungen, Auswirkungen von angenommener Unter- bzw. Überlegenheit. Die Haltung des Mediators in einer interkulturellen Mediation sollte die eines naiven Kindes sein¹⁸⁷.

Scrivener-Mediation

[154] In der Scrivener-Mediation nimmt der Mediator vornehmlich protokollarische Funktionen wahr¹⁸⁸. Sie ist einer Moderation sehr ähnlich. Die so genannte Supervisory-Mediation animiert die Konfliktparteien dazu, selbstständig nach Lösungen zu suchen und unterstützt diesen Prozess lediglich in einer Form der Supervision.

Mediationsfelder (Fachmediationen)

[155] In ihren unterschiedlichen Anwendungsbereichen werden Mediationen gerne als Fachmediationen beschrieben. Die Bezeichnungen Familienmediation oder Wirtschaftsmediation sind eingeführt. Der Gesetzgeber spricht von „Arten der Mediation“¹⁸⁹ und grenzt sie zu „Stilen der Mediation“ ab. Systematisch korrekt wäre es, von „Mediationsfeldern“ oder von der „Mediation in den Anwendungsfeldern“ zu sprechen. Mit diesen Begriffen wird deutlich, dass sich die in der Fachliteratur als Mediationsarten bezeichneten, unterschiedlichen Modelle der Mediation [77] ebenso wie ihre Formen in nahezu allen Mediationsfeldern wiederfinden lassen.

¹⁸⁷ Diese Beschreibung wurde im EU Projekt EuroNetmed erarbeitet. Siehe *Trossen* (EuroNetMed)

¹⁸⁸ *Glasl* (Kontingenzmodell), siehe auch http://www.ictm.at/05_mediation.htm abgelesen am 25.8.2013

¹⁸⁹ Begründung S. 20

[156] Zweifellos sind die Bedingungen, unter denen die jeweiligen Fachmediationen durchgeführt werden, und die konfliktbezogene Kommunikation voneinander zu unterscheiden. Der Mediator mag dies bei der Rahmenbildung in Phase eins individuell thematisieren und berücksichtigen.

📄 Besonderheiten der Fachmediationen

[157] Die mit den Fachmediationen zu differenzierenden Ausgestaltungen der Mediation werden durch die unterschiedlichen Anwendungsfelder beeinflusst. Oft dienen ausgewiesene Fachmediationen lediglich dazu, eine besondere Kompetenz i.S. einer Spezialisierung des Mediators herauszustellen¹⁹⁰. Die von Feldern ausgehende fachliche Abgrenzung ist juristischen Fächern angelehnt. So wird aus dem Familienrecht eine Familienmediation. Folgende Fachmediationen und Mediationsfelder werden unterschieden (alphabetisch geordnet):

[158]

Fachmediation	Mediationsfelder
Cross Border Mediation	Mediation im internationalen Kontext [1209] [1242]. Diese Mediation ist von der internationalen Mediation zu unterscheiden.
Elder Mediation	Mediation in Generationenkonflikten.
Erbmediation	Mediation im Streit über die Rechtsnachfolge nach einem

¹⁹⁰ Siehe *Trossen* (Medi & Ator)

	Erblasser.
Familienmediation	Mediation in der Familiensachen, Mediation in Kinderschaftssachen, Mediation unter Verwandten
Finanzmediation	Mediation bei Überschuldung oder Finanzierungsfragen
Großgruppenmediation	Mediation mit einer unbestimmten Zahl von Beteiligten.
Interkulturelle Mediation	Mediation bei der Beteiligung von Parteien unterschiedlicher Kulturen [102].
Kreditmediation	siehe Finanzmediation
Mediation im öff. Bereich	Mediation in Planfeststellungs- und Flächennutzungsverfahren
Mediation in Bausachen	Mediation über Baustreitigkeiten.
Mediation in Strafsachen	Täter-Opfer-Ausgleich.
Nachbarschaftsmediation	Mediation unter Nachbarn Mediation in WEG-Sachen (WohnungseigentumsG)
Schulmediation	Mediation im Schulbereich, oft von Schülern als Mediatoren durchgeführt (Peer-Mediation).
Steuermediation	Mediation zwischen Steuerpflichtigem und Finanzamt Mediation im Finanzge-

	richtsverfahren.
Umweltmediation	Siehe Mediation im öffentlichen Bereich.
Unternehmensmediation ¹⁹¹	Innerbetriebliche Mediation; teilweise als Synonym zu Wirtschaftsmediation verwendet.
Verbrauchermediation	Mediation in Konsumentenstreitigkeiten (B to C) ¹⁹²
Wirtschaftsmediation	Mediation <i>im</i> Unternehmen Mediation <i>zwischen</i> Unternehmen Mediation unter Beteiligung der Gesellschafter oder Eigner / Mediation im Familienunternehmen

[159] Weil die Mediation ein reines Prozessmanagement ist, das selbst kein Fachwissen vorzuhalten hat, ist es durchaus umstritten, ob und inwieweit der Mediator spezifische *Fachkenntnisse* besitzen muss. Die Meinungen gehen auseinander. Die Antwort ergibt sich aus dem Wesen der Mediation [39]. Wenn die Mediation eine Verstehensvermittlung ist, dann ist ein immanentes (also nicht von außen herbeizuholendes) Fachwissen nur insoweit geboten, als es dazu beiträgt, *die Medianten, das Problem und den Konflikt* zu verstehen, nicht ihn zu lösen. Die Argumente für ein vorzuhaltendes Fachwissen belegen ein besseres Verständnis der Zusammenhänge, wo-

¹⁹¹ Terminologie der Integrierten Mediation

¹⁹² Business to Consumer

bei die Kenntnis der Fachtermini vorausgesetzt wird. Die Argumente gegen ein spezifisches Fachwissen sehen in der Unbedarftheit des Mediators ein durchaus hilfreiches Merkmal, das ihn veranlasst, *alles* zu hinterfragen was erforderlich ist, um die Zusammenhänge verstehen zu können. Diese Notwendigkeit kommt der Verstehensvermittlung spätestens dann entgegen, wenn einer der Medianten ebenfalls ein Laie ist. Selbst wenn der Mediator der einzige Laie ist, kann seine naive Neugier zu einem besseren Verständnis der Hintergründe beitragen. Andererseits hilft die Fachkenntnis, Zusammenhänge zu erkennen, die ein Laie möglicherweise übersehen mag. Es obliegt der Verantwortung des Mediators und seiner Fallvorbereitung, zu entscheiden, was er sich zutrauen kann und was nicht. Es ist als ein Mediationsfehler anzusehen, wenn der Mediator seine fachliche Kompetenz (fachliche Grenzen) falsch einschätzt und sie der Verfahrenskompetenz vorzieht. Seine Aufgabe ist darauf zu achten, dass fehlende Kompetenzen in das Verfahren eingebracht werden. Es ist nicht seine Aufgabe, sie vorzuhalten.

✂ Fachliche Fehleinschätzung

[160] Der Mediator ist in jedem Fall gut beraten, wenn er seine Leistungsinhalte und Grenzen von vornherein im Vertrag offen legt.

□ Bestimmung der Leistungsinhalte und Grenzen

[161] Mit jeder Fachbezeichnung wird eine fachliche Kompetenz unterstellt. Sie soll das Vertrauen des Kunden wecken und die Nachfrage erleichtern. Die Einführung von Fachmediationen hat also durchaus eine merkantile Bedeutung. Konflikte orientieren sich nicht an

Fachbereichen. Ein Mediator sollte stets ein Generalmediator sein, der mit allen Konfliktdimensionen zu Recht kommt. Wenn die Fachbezeichnung bewirkt, dass ein Wirtschaftsmediator keine Beziehungskonflikte bearbeiten kann, dann ist sie nicht spezialisierend, sondern einschränkend. Kontraproduktiv wirkt die Fachbezeichnung auch dann, wenn sie den Eindruck erweckt, als habe der Mediator eine fachlich inhaltliche Verantwortung.

✎ Mangelnde Abgrenzung zur Beratung

Mediationsstile

[162] Im Gegensatz zu den Mediationsmodellen [77] beschreiben die Mediationsstile die *individuelle*, durch den Mediator geprägte Ausdrucksform der Mediation. **Die Stile sind den Modellen und Formen untergeordnet. Sie dürfen das Wesen der Mediation nicht verändern.** Stile repräsentieren die Werte hinter der Mediation [39]. In ihnen verwirklicht sich das Menschenbild. Sie werden in erster Linie durch die Art und Weise der Kommunikation geprägt. Die Kommunikation gestaltet sich bei jedem Menschen anders. Hier spielen die innere Einstellung und die Ausstrahlung des Mediators eine entscheidende Rolle; zweifellos auch seine Erfahrung und Verhandlungskompetenz. Der individuelle Mediationsstil wird durch die Sicht auf sich selbst und die Mediation geformt.

[163] Ein in der Mediation beachteter Lehrmeister ist Carl Ransom *Rogers*, der Entwickler der klientenzentrierten Gesprächsführung. Sie stellt das Individuum in den Mittelpunkt, nicht das Problem. Das Ziel eines solchen Gesprächs liegt nicht im Lösen eines bestimmten Problems,

sondern darin, dem Individuum zu helfen, sich so zu entwickeln, dass es mit dem gegenwärtigen oder mit später auftretenden Problemen auf bessere Weise umgehen kann¹⁹³. *Rogers* sieht den Menschen als grundsätzlich fähig, seine Probleme situationsbedingt selbst zu lösen. Dieses Menschenbild erlaubt es dem Mediator, sich zurückzunehmen und darauf zu verzichten, direktiv und bestimmend auf die Medianden einzuwirken.

[164] Außer dem Menschenbild spielt die Ausstrahlung des Mediators eine Rolle. Seine Ausstrahlung beeinflusst die Art und Weise, wie Menschen reagieren. Natürlich wirken sich auch die Kompetenz und die Erfahrung auf die Gesprächsführung aus. Der Mediator kennt diese Wirkung und kann sie in der Mediation einsetzen. Der Versuch, die sich aus der Kombination von Menschenbild (Lebenseinstellung), Ausstrahlung, Auftreten, Kompetenz und Methodik ergebende Bandbreite an Interaktionsmöglichkeiten zu klassifizieren, reicht von einem autoritär führenden Stil bis hin zu einem scheinbar beliebigen *Laissez faire*. Die Mediationsstile verwirklichen sich in den nachfolgend aufgeführten Typen:

Aktiver Mediator

[165] Der Begriff wurde von *Kracht* geprägt¹⁹⁴. Ein aktiver Mediator wird mehr Einfluss auf das Geschehen nehmen als der passive. Ihm sind sogar Vorschläge zugestanden¹⁹⁵. *Susskind & Cruikshank* fordern, dass sich der Mediator als aktiver Konfliktshelfer auch an der Entwicklung

¹⁹³ *Plassman* (2003)

¹⁹⁴ *Kracht* (2009), § 12 Rdnr. 103ff

¹⁹⁵ *Kracht*, a.a.O., AG Lübeck 24 C 1853/06

inhaltlicher Kriterien für die Überprüfung von Verhandlungslösungen beteiligen sollte¹⁹⁶. Die Grenzen zur Schlichtung sind zu beachten. Es stellt einen Mediationsfehler dar, wenn der Mediator mit seiner Einflussnahme das Kommunikationsmodell der Mediation verlässt [74]. Besser zur Mediation passt deshalb die Auffassung, dass der aktive Mediator eine Einigung verhindern soll, die letzten Endes nicht umzusetzen ist. Diese Auffassung deckt sich mit der hier vertretenen Sachverantwortung des Mediators [718].

✎ Allzu aktiver Mediator

Direktiver Mediator

[166] Mediatoren geben Handlungsanweisungen auf der Inhaltsebene. Sie setzen ihre Überredungskunst ein, weil sie der Überzeugung sind, dass die Medianden *ihre Erkenntnisse* brauchen, um zu einverständlichen Lösungen zu kommen. Die Vorgehensweise wird auch als "directive style" beschrieben¹⁹⁷. Es ist nicht klar, ob es sich dabei schon um eine Schlichtung, um eine evaluative Mediation oder lediglich um einen hyperaktiven Mediator handelt.

Ergebnisorientierter Mediator

[167] Einfluss nimmt sicher auch der auf dem einzelnen Mediator lastende Erfolgsdruck. Er ist ein Reflex des Wettbewerbs, über den zugleich ein anderes Verständnis von Mediation zum Ausdruck kommt. Schon die Einschätzung, wann eine Mediation erfolgreich ist oder

¹⁹⁶ Susskind, Cruikshank (1987)

¹⁹⁷ Lang-Sasse (2013)

nicht, wirkt sich auf das Verhalten aus. Viele Mediatoren meinen, ihre Erfolge statistisch mit der Zahl zustande gekommener Abschlussvereinbarungen nachweisen zu müssen. Sie unterliegen der Gefahr, Einigungen als solche als *ihren* Erfolg zu betrachten. Sie neigen dazu, die Medianten in Einigungen zu treiben. Ein verständiger und erfahrener Mediator erkennt andere Erfolgskriterien [351]. Auch weiß er, dass eine Einigung durchaus auch einen Kompromiss darstellen kann. Ein Mediator sollte einen Kompromiss (anstelle eines Konsenses) nicht als Erfolg verbuchen. Den Konsens im Auge behaltend wird er sich weniger auf das angestrebte Ergebnis, als auf den Augenblick des Verfahrens konzentrieren. *Schieferstein* nennt die Mediation den Tanz mit dem Moment¹⁹⁸. Eine zutreffende Metapher, die sich in der Haltung beim stoischen Mediator [170] wiederfinden lässt.

✎ Falsche Erfolgskriterien zugrunde gelegt

Muscle Mediator

[168] Das abschreckende Beispiel des unter Erfolgsdruck stehenden Mediators beschreibt den Muscle Mediator¹⁹⁹.

✎ Zeit- und Erschöpfungsdruck ausgeübt

Diese, auf einen amerikanischen Beitrag zurückgeführte stilistische Variante, stellt einen Mediationsfehler dar, wenn die Parteien ihr nicht zugestimmt haben.

✎ Pausen übergangen

¹⁹⁸ Äußerung in Gesprächen zwischen Trossen und Schieferstein

¹⁹⁹ *Trossen* (Muscle Mediator)

In einer Mediation soll nicht die Erschöpfung der Anlass für die Einigung sein, sondern die Erkenntnis. Nur so kann die versprochene Nachhaltigkeit sichergestellt werden.

Führender Mediator

[169] Auch das Mediationsgesetz scheint in § 1 Abs. 2 einen Stil nahezulegen. Die Aussage, dass der Mediator durch das Verfahren *führt*, könnte – abhängig von dem sich daraus ergebenden Führungsstil [711] – ein charakteristisches Verhalten beschreiben. Der führende Mediator wird Regeln vorgeben und überwiegend Fragen stellen („Wer fragt der führt“).

Stoischer Mediator

[170] Stoiker zeichnen sich durch Gelassenheit aus. Das Adjektiv stoisch beschreibt Menschen, die stets beherrscht und weitestgehend frei von emotionalen Schwankungen sind²⁰⁰. Ein besonderes Merkmal der stoischen Philosophie ist die ganzheitliche Betrachtungsweise. Sie unterstützt eine systemische Sicht, bei der die innere Freiheit und moralische Autonomie eines jeden Menschen im Vordergrund steht²⁰¹. Der stoische Mediator²⁰² ist das Vorbild der *Integrierten Mediation*. Er lässt sich durch Nichts aus der Ruhe bringen. Für ihn sind alle Probleme, die im Verfahren auftreten Chancen, die er für die Mediation zu nutzen weiß. Er gibt keine Regeln vor,

²⁰⁰ *Sievers* (stoisch)

²⁰¹ So wenigstens die Lehre Epiktets als Vertreter der späten Stoa
Wikipedia (Epiktet)

²⁰² Wikipediation (Stoischer Mediator)

sondern entwickelt sie aus den Begebenheiten und als Notwendigkeit nur dort, wo sich ein Bedarf ergibt. Er hält sich mit Fragen zurück, stellt aber die Rückmeldung und das präzise Zuhören²⁰³ in den Mittelpunkt seiner Aufmerksamkeit („Wer zuhört leitet“).

Rechtsnatur und Legitimation

[171] Die Rechtsnatur eines Verfahrens entscheidet darüber, wer wem gegenüber welche Rechte und Pflichten wahrzunehmen hat, woraus diese sich ableiten und was geschieht, wenn Rechts- oder Pflichtverletzungen eintreffen. Mit der Mediation werden Rechtsbeziehungen zwischen unterschiedlich involvierten Personen begründet [204]. Der Jurist interessiert sich dafür, wie diese Rechtsbeziehungen entstehen und welche Rechte und Pflichten sich daraus ergeben. Auch nicht-juristische Mediatoren sollten sich über den rechtlichen Rahmen im Klaren sein, in dem sie die Mediation auszuführen haben.

Die spezifischen Ausgangsbedingungen

[172] Nicht nur weil die Mediation (aus juristischer Sicht) ein untypisches Verfahren ist, sondern auch weil sie für viele Anwender und Nachfrager noch ungewohnt ist, stellen sich scheinbare Unzulänglichkeiten heraus. Bei genauerer Untersuchung passen sie durchaus in das Konzept der Mediation und können sogar als Chancen begriffen werden. Zu diesen Chancen zählt die Erkenntnis, dass die Mediation *keine* verbindliche Verfahrensordnung kennt [173], dass sie anders ist [175] und in ein

²⁰³ Trossen (Präzises Zuhören)

Dilemma führt, sobald sie am Herkömmlichen ausgerichtet wird.

Die fehlende Verfahrensordnung

[173] Alle etablierten juristischen Verfahren zeichnen sich dadurch aus, dass sie einer Verfahrensordnung unterliegen. Die Verfahrensordnung regelt die Rechtsverhältnisse aller am Verfahren beteiligten Personen. Im Zivilprozess beispielsweise regelt die Zivilprozessordnung den Ablauf des Verfahrens in mehreren hundert Paragraphen²⁰⁴. **Die Mediation kennt KEINE allseits verbindliche Verfahrensordnung.** Auch das MediationsG ist als eine Verfahrensvorschrift für die Mediation nur bedingt verwertbar [190]. Es sagt wenig über den Verfahrensablauf aus. Zwar gibt es bei der institutionalisierten Mediation [143] sog. Mediationsordnungen [201]. Auch gibt es die Standards der Verbände [195]. Weil es sich in beiden Fällen nicht um eine *Verordnung* handelt, sind ergänzende Reglements nicht ohne weiteres verbindlich. Selbst wenn sie es wären, regelten sie die Rechtsbeziehungen nur selektiv, ohne die Vielfalt an Möglichkeiten und Rechtssubjekten vollständig zu erfassen [204].

[174] Es ist ein gravierender Unterschied der Mediation zu anderen Verfahren, dass eine vorgegebene, verbindliche Verfahrensordnung fehlt. Das ist durchaus kein Mangel, sondern ein Merkmal der Mediation, das durchaus mit ihrem Wesen [39] im Einklang steht, wie sich später noch herausstellen soll [216]. Es erlaubt dem Mediator

²⁰⁴ Insgesamt hat die ZPO 1109 Paragraphen, aber nicht alle betreffen das Gerichtsverfahren.

eine größtmögliche Flexibilität, indem er individuelle Rechtsbeziehungen kreiert.

Mediation ist anders

[175] Man sollte sich mit dem Gedanken vertraut machen und ihn immer präsent haben, wenn es um die Mediation geht: **Die Mediation ist anders**. Sie erfordert ein Umdenken. *Laotses* Weisheit: „Der Weg ist das Ziel“ oder *Schiefersteins* „Tanz mit dem Moment“²⁰⁵ kommen ihr nahe. **Prozedural betrachtet steht bei der Mediation die Entwicklung, der Prozess an und für sich, im Vordergrund nicht das Ergebnis**²⁰⁶. Die Ergebnisoffenheit ist für Viele bereits eine befremdliche Vorstellung. Die Mediation ist als ein Suchspiel²⁰⁷ konzipiert. Ihr geht es darum, eine (noch bessere, alles berücksichtigende) Lösung zu finden. Das Ergebnis ist die gefundene Lösung. Sie entwickelt sich aus dem Prozess. Ein weiterer Unterschied zu herkömmlichen Verfahren, ist die vom Verfahren gelöste Wirksamkeit des Ergebnisses. Verfahrensfehler haben also keinen Einfluss auf die Wirksamkeit der getroffenen Vereinbarung. Die Wirksamkeit einer getroffenen MAV (Mediationsabschlussvereinbarung) wird durch eine fehlerhafte Mediation weder suspendiert noch außer Kraft gesetzt. Konsequentermaßen ergeben Verfahrensfehler keinen rechtlichen Anlass zur Anfechtung der Abschlussvereinbarung. Eine Anfechtung wäre nur bei einer Täuschungshandlung des Mediators als Werkzeug der zu begünstigenden Partei nach § 123 Abs. 2 BGB

²⁰⁵ Quelle: Gespräche mit dem Herausgeber

²⁰⁶ Anderenfalls könnte die Mediation nicht ergebnisoffen sein.

²⁰⁷ Begriff iSd Spieltheorie siehe *Leininger / Amann* (Spieltheorie)

denkbar. In Betracht kommen jedoch Sekundäransprüche (Ansprüche auf Schadensersatz gegen den Mediator) [477].

[176] Für die Mediation mag der Grundsatz herausgestellt werden, dass **das Verfahren und das Ergebnis zwei rechtlich voneinander zu unterscheidende Zustände sind**. Die Parteiautonomie liefert den Schlüssel für das Verfahrensverständnis. Die Kommunikation ist das Mittel. Das Denken beschreibt den Weg. Die Mediation ergibt das nicht enumerative „Wie“. So gesehen verwundert es, dass die Richter eine gesetzgeberische Erlaubnis eingefordert haben, um in einer bestimmten Art und Weise denken und kommunizieren zu dürfen. Die Vorschrift des § 287 Abs. 5 ZPO, die dem Richter ausdrücklich eine mediative Methodik erlaubt²⁰⁸, ist deshalb am besten vor dem Hintergrund der politischen Auseinandersetzung nachzuvollziehen. Unter kommunikativen Gesichtspunkten wäre eine derartige Regelung nur dort angebracht, wo eine formelle Kommunikation der informellen Kommunikation jeglichen Atem nimmt. Das ist im deutschen Prozessrecht jedoch nicht der Fall. Hier steht dem Richter ein ausreichender Kommunikationsrahmen zur Verfügung, mit dem es tatsächlich möglich ist, eine gütliche Beilegung des Streites zu erzielen²⁰⁹.

[177] **Wegen ihrer Andersartigkeit ist es irritierend, wenn die Mediation an konventionellen Verfahren**

²⁰⁸ Der Hinweis in § 278 Abs. 5 S. 2 ZPO, dass der Güterichter erlaubt ist „alle Methoden der Konfliktbeilegung“ anzuwenden, betrifft nicht das Setting. Der nicht entscheidungsbefugte Güterichter wurde bereits mit § 278 Abs. 5 S. 1 ZPO eingerichtet.

²⁰⁹ *Trossen* (Wege zur Kooperation)

gemessen wird. Besonders wenn die geübten Verfahren ein abweichendes Kommunikationsmodell [74] aufweisen und ein anderes strategisches Konzept verfolgen. Die Mediation fordert ein atypisches „Spiel“²¹⁰ ein. Diesen Kontext zu ignorieren, wäre so, als würde man Schach (Nullsummenspiel) mit dem Gefangenendilemma (*Nicht-Nullsummenspiel*²¹¹) vergleichen²¹², um dort schließlich die Regeln des Schachspiels zur Anwendung zu bringen. Dass die Mediation, spieltheoretisch²¹³ betrachtet, als ein so genanntes Plus- oder Positivsummenspiel vorzuhalten ist, ist einer der gravierendsten Unterschiede zu *allen* konventionellen Verfahren und vielen Kooperationsformen.

[178] **Mediation ist keine Rechtsprechung und sollte es auch niemals sein.** In der Mediation wird kein Recht gesprochen. Damit unterscheidet sich die Mediation grundlegend von der Gerichtsbarkeit und der Schiedsgerichtsbarkeit. Anders als die Mediation wird die Schiedsgerichtsbarkeit im Rechtsstaatsprinzip und *nicht* in der Privatautonomie verortet²¹⁴. Sie ist materiell Rechtsprechung²¹⁵ und in der ZPO (§§ 1025 ff ZPO), mithin in einem öffentlich-rechtlichen Kontext, geregelt; auch wenn

²¹⁰ Begriff iSd Spieltheorie siehe *Leininger / Amann* (Spieltheorie)

²¹¹ Oft auch als Plussummen- oder Positivsummenspiel bezeichnet. Das Gefangenendilemma beschreibt ein Spiel, bei dem alle nur durch Kooperation gewinnen können.

²¹² Bei dem Gefangenendilemma lässt sich der Gewinn nur durch Kooperation herstellen und erfolgt nicht auf Kosten des Verlierers.

²¹³ *Leininger / Amann* (Spieltheorie) S. 1, 12 dl 4.2.2014

²¹⁴ Auch als „Rechtsprechung im weiteren Sinn“ bezeichnet. Siehe *Rehm* (Schiedsgerichtsbarkeit)

²¹⁵ *Münch* (Schiedsgerichtsbarkeit) Rdnr. 4 ff

es sich dabei nur um ein selbständiges Seitenstück der ZPO handelt²¹⁶. Die Annahme, es handele sich bei der Schiedsgerichtsbarkeit um ein rein *prozessrechtlich* zu bewertendes Institut, ist herrschend²¹⁷.

[179] Die Mediation hat mit *Rechtsprechung* ganz und gar nichts zu tun. Selbst dann nicht, wenn sie als eine Alternative zum Gerichtsverfahren etabliert wird und ihr die offizielle Kompetenz eingeräumt sein soll, ein solches zu ersetzen. Allerdings impliziert die Annäherung zur Justiz die Gefahr, dass die Mediation (wie die Schiedsgerichtsbarkeit) im Rechtsstaatsprinzip verortet wird, selbst dann, wenn sie dort nicht hingehört. **Anders als im Recht wird die Lösung bei der Mediation nicht aus einer Rechtsfolge, sondern aus dem zu erwartenden Nutzen abgeleitet.** Während die Konfliktlösung im Gerichtsverfahren durch die Entscheidung hergestellt wird, ist die Regelung in der Mediation nicht die Voraussetzung, sondern die Folge der gefundenen Konfliktlösung. Die in der Abschlussvereinbarung [457] zum Ausdruck kommende Regulierung dient also bereits zur Verwirklichung der gefundenen Lösung. Auch insoweit unterscheidet sich die Mediation von allen konventionellen Verfahren und der darin verwirklichten Form eines lösungsorientierten Denkens. Die Beispiele mögen bereits davon abraten, nicht kompatible Grundsätze konventioneller Verfahren als Gebrauchsanleitung für die Mediation heranzuziehen. Irritationen sind die Alternative. Sie ergeben sich schon heute aus der Verwendung des Ge-

²¹⁶ *Habscheid*, NJW 62, 5; *Stober* NJW 79, 2002

²¹⁷ *Münch* (Schiedsgerichtsbarkeit) Rdnr. 6,
Bosch (Rechtskraft im Schiedsgerichtsverfahren) S. 13

genstandsbegriffs im Tätigkeitsverbot [870], aus der unpräzisen Terminologie [880], aus der von der Schiedsgerichtsbarkeit übernommenen Institutionalisierung [143] und aus der Übernahme von Maximen des Zivilprozesses [741][836].

[180] In einem hoheitlich organisierten Verfahren, dem die Parteien mehr oder weniger ausgeliefert sind, bedarf es erzwingbarer Regelungen über die Anwesenheitspflicht, die Mitwirkungspflicht, die Wahrheitspflicht, den Anspruch auf einen gesetzlichen Richter, Regelung zur Besorgnis der Befangenheit und über Rechtsmittel. **In der Mediation bedarf es keiner Abwehrrechte.** Hier behalten die Parteien in jeder Lage des Verfahrens die Kontrolle. Das Prinzip der Freiwilligkeit garantiert Ihnen diese Macht. Die in der Literatur²¹⁸ aufgeworfene Frage nach der Anwendbarkeit des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs [836] ist deshalb von vorne herein abwegig und nicht zur Mediation passend. Die Auflösung der Frage, wonach rechtliches Gehör *nicht* zu gewähren sei, macht das Ergebnis noch weniger stimmig. Es würde den Mediator vom Zuhören entbinden und selektives Zuhören erlauben. Ein weiterer Unterschied zwischen der Mediation und anderen Verfahren ist der Umgang mit Macht. In der Mediation gibt es kein (originäres) Machtgefälle weder zwischen den Parteien noch im Verhältnis des Mediators zu den Medianten oder den Dritten. Die Andersartigkeit der Mediation erfordert nicht nur ein Umdenken, sie ermöglicht es auch. Allerdings wird man ohne ein Umdenken der Mediation nicht gerecht. **In kei-**

²¹⁸ z.B.: Eidenmüller (Vertrags- und Verfahrensrecht), S. 39

nem Fall sollte die Mediation an anderen Verfahren gemessen werden, ohne dass diese zuvor mit den Eigenarten der Mediation verglichen wurden.

Das Mediationsdilemma

[181] Mit fortschreitender Arbeit an diesem Lehrbuchkommentar ist der Begriff des *Wesens der Mediation* [39] immer mehr in den Mittelpunkt der Überlegungen getreten. Das Recht will die Mediation fördern. Wenn es dieses Ziel erreichen will, hat es sich an dem zu orientieren, was die Mediation ausmacht. Das ist ihr Wesen [39]. Misslingt diese Ausrichtung, dann fördert das Gesetz alles andere als Mediation. Mithin zielt die zu untersuchende Fragestellung nicht nur darauf ab, welche Vorgaben das *Recht* der Mediation aufzeigt, sondern auch darauf, ob und inwieweit das Recht mit diesen Vorgaben und somit mit dem *Wesen der Mediation* [39] im Einklang steht. Das Wesen wird durch seine Eigenschaften [39] definiert.

[182] Sicherlich ist es eine Herausforderung ein informelles Verfahren zu regulieren. Die informelle Kommunikation verändert ihre Bedeutung in dem Moment, wo sie formalisiert wird²¹⁹. Ein geregeltes informelles Verfahren wird schnell zu einem formellen Verfahren. Noch größer ist die Herausforderung, wenn es darum geht, ein auf der Autonomie der Parteien aufsetzendes Verfahren regulieren zu wollen. Autonomie lässt sich nicht fremdbestimmen. Versucht man es dennoch, wird aus der Autonomie schnell eine Heteronomie. Fast unlösbar wird die Her-

²¹⁹ Bei der Integrierten Mediation wird das Phänomen als das Flaschenhalsphänomen beschrieben.

ausforderung, wenn der Versuch unternommen wird, die Komplexität der Mediation zu erfassen und zu regulieren. Der Gesetzgeber wird sich zwangsläufig in Details verlieren müssen. Um dies zu vermeiden, kommt es zu Ungenauigkeiten. Wie lässt sich ein kommunikatives Verfahren vorschreiben? Das Pflichtenheft wäre derart komplex und zufallsabhängig, dass jede Justierung einen Kompetenzverlust riskiert. *Towfigh* formuliert das Dilemma wie folgt²²⁰: „Es ist ein seit Jahrzehnten in Politik und Gesellschaft gepflegtes *ceterum censeo*, die zunehmende Komplexität der Lebenssachverhalte zu bedauern und die mit ihr verbundene zunehmende Komplexität des Rechts zu geißeln“. Das Recht, einmal ins Spiel gebracht, hat eine Neigung zur Komplexität. Sie wird dem Umstand gezollt, Regeln aufstellen zu wollen, die in allen denkbaren Lebenssachverhalten korrekt zur Anwendung kommen. Die Regeln spiegeln die Komplexität der zu ordnenden Materie. Ihr Korrektiv ist die Normenklarheit²²¹. Ob und inwieweit die im Zweifel ebenfalls an Komplexität zunehmende Verrechtlichung der Mediation mit dem Prinzip der Autonomie der Parteien und der Flexibilität des Verfahrens im Einklang steht, ist spätestens seit dem Inkrafttreten des MediationsG zumindest keine juristisch opportune Frage mehr.

[183] **Das Recht sollte keine Bürde sein.** Der Gesetzgeber und jeder Mediator werden mit der Frage konfrontiert, ob das Recht der Mediation zu dienen hat, ob die Mediation dem Recht zu dienen hat, oder ob es ein

²²⁰ *Towfigh* (Komplexität)

²²¹ *Towfigh* (Komplexität), Seite 3

gleichberechtigtes Nebeneinander gibt. Letzteres wäre das der Mediation am besten entsprechende Modell. Als gleichberechtigte Institute mag das Recht dazu beitragen, dass sich sowohl die Medianden wie die Mediatoren daran orientieren. Eine Voraussetzung dafür ist sicherlich, dass das Recht die Mediation korrekt beschreibt. Es ist eine Herausforderung, die an und für sich ein Umdenken erfordert. Das Gesetz bewegt sich in einem Spannungsfeld, das zwischen Fixierung und Entfaltung, Verkomplizierung und Simplifizierung, Mechanistik und Systemik und nicht zuletzt zwischen Angebot und Nachfrage eine Balance zu finden hat. Es ist ausgewogen, wenn es ihm gelingt, eine Verbindlichkeit herzustellen, ohne dass der Charakter der Mediation damit in Frage gestellt wird. Wieder wird das Wesen der Mediation [39] zu einem Maßstab, an dem sich nicht nur das Recht, sondern auch die Gesetzgebung zu messen hat. Auch wenn das Wesen eines Verfahrens keine eigenständige Rechtsquelle darstellen kann, handelt es sich doch um eine charakterisierende Vorgabe, auf die nicht nur bei der Interpretation und der Ausrichtung gesetzlicher Vorschriften, sondern auch bei Fragen der Haftung zurückzukommen ist.

Das Mediationsrecht

[184] Das bisher noch nicht als solches definierte Mediationsrecht betrifft alle auf die Mediation bezogenen Fragen des Rechts; angefangen von einem Berufsrecht [556], über die Frage des (materiellen) Verfahrensrechts [407] bis hin zur Schnittstelle der fallbezogenen Rechtsanwendung, dem Anwendungsrecht [458]. Nicht zum Mediations-

onsrecht zählen die mit der Abschlussvereinbarung erzeugten oder zu erzeugenden Rechtsverhältnisse.

Mediationsrecht		
Verfahrensrecht	Berufsrecht	Anwendungsrecht

[185] Die nachfolgenden Ausführungen werden belegen, dass es keine einheitliche Rechtsquelle gibt, aus der sich die Regeln zur Mediation zweifelsfrei ableiten lassen. Vorschriften stehen in einem hierarchischen, sich gegenseitig bedingenden, systematischen Zusammenhang. Ihn zu kennen ist notwendig, um das Mediationsrecht korrekt herzuleiten. Der Ausgangspunkt für alle rechtlichen Überlegungen ist die Suche nach einschlägigen Rechtsquellen. Die in Betracht kommenden Vorschriften sollen nachfolgend eingeführt werden.

Die Rechtsquellen der Mediation

[186] Gerade weil es keine allgemeinverbindliche Verfahrensordnung gibt [173], ist auf grundlegendere Vorschriften zurückzugreifen. Sie sollen den rechtlichen Rahmen definieren, in dem sich die Mediation bewegt. Das Recht unterliegt einer Systematik. In ihr werden die Rechtsquellen einer Normenhierarchie unterworfen. Stärkeres Recht verdrängt schwächeres Recht²²². Die Untersuchung der einschlägigen Rechtsquellen innerhalb dieser Hierarchie soll dazu beitragen, den Rahmen auszuloten, in dem sich die Mediation bewegen kann, darf

²²² Das ist übrigens auch ein Grundsatz, der mit der Mediation nicht ohne weiteres im Einklang steht.

und soll. Als übergeordnete, grundlegende Rechtsquellen kommen in Betracht: Die EU Richtlinie (EU-RL), die Verfassung (GG), das MediationsG, das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) und eventuell berufsspezifische Spezialgesetze wie z.B. das Rechtsdienstleistungsgesetz.

Die EU-Richtlinie

[187] Auch wenn es sich bei der „Richtlinie 2008/52/EG über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen“ (EU/RL)²²³ um so genanntes Supranationales Recht handelt, kommt die EU-RL als übergeordnetes Recht nicht unmittelbar in Betracht. Die Rechtsetzungskompetenz der EU basiert auf einem Vertrag, der die Mitgliedstaaten lediglich zur Umsetzung des europäischen Rechts in nationales Recht verpflichten kann. Mit hin ist das *Mediationsgesetz* [189], welches die EU-Richtlinie umsetzen soll, die nunmehr maßgebliche Rechtsgrundlage für die Mediation in Deutschland.

Die Verfassung

[188] Noch über dem MediationsG steht die Verfassung. Die Verfassung der Bundesrepublik Deutschland ist das Grundgesetz. Es kennt Menschen- und Bürgerrechte aber auch Vorschriften zur inneren und äußeren Organisation des Staates. Die Privatautonomie ist in Art. 2 des Grundgesetzes besonders herausgestellt. Es ist ein Menschenrecht. Art. 2 GG besagt: „*Jeder* hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfas-

²²³ EU-RL

sungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt“²²⁴. Die **Privatautonomie** ist ein Prinzip. Es besagt, dass in einer freien Gesellschaft jeder seinen Willen frei bilden, äußern und diesem Willen entsprechend handeln kann. Es überlässt dem Individuum die vollständige und grundsätzlich unbegrenzte Verantwortung. Die Privatautonomie verwirklicht sich unter anderem in der Vertragsfreiheit. Sie kann nur durch ein Gesetz eingeschränkt werden. Als ein solches Gesetz kommt das MediationsG in Betracht.

Das Mediationsgesetz

[189] Mit seinem Inkrafttreten bildet das MediationsG den zentralen Ausgangspunkt für alle weiteren rechtlich zu bewertenden Tatbestände im Zusammenhang mit der Mediation. Das MediationsG nimmt Einfluss darauf, *wie* der Prozess auszugestalten ist. Es legt fest, wann die Vorschriften über Mediation zur Anwendung kommen [746]. Indirekt besagt es, wie diese Vereinbarung auszusehen hat. Es bestimmt darüber hinaus die wichtigsten Grundlagen des Verfahrens und nimmt Einfluss auf die Rechtsfolgen [477]. Das Mediationsgesetz ist anwendbar, wenn ein Mediator i.S.d. § 1 Abs. 2 [696] eine Mediation i.S.d. § 1 Abs. 1 [666] durchführt [746]. Das Gesetz lässt Fragen offen und wirft sogar neue Fragen auf [746]. Um seinen Wirkungsgrad zu verstehen, soll zunächst untersucht werden, um welche Art Gesetz es sich überhaupt handelt.

²²⁴ Art 2 GG, siehe auch Wikipedia (Begriff), Allgemeine Handlungsfreiheit, dl 20.8.2012

[190] Unabhängig von seinem ausgewiesenen Normzweck [550] bringt das MediationsG recht deutlich den gesetzgeberischen Fokus zum Ausdruck. Er ist zumindest *auch* auf die Verfahrenslandschaft gerichtet. Das Mediationsgesetz wird deshalb als ein *Verfahrensgesetz* bezeichnet. Andere Autoren sehen in ihm ein *Berufsgesetz* für Mediatoren²²⁵. Tatsächlich ist es ein Gesetz, das ein Verfahren und eine darauf bezogene Dienstleistung etabliert und demzufolge einen Beruf ermöglicht. Es wäre zu weit gehend, das Mediationsgesetz als ein Gesetz zu bezeichnen, welches das Mediationsverfahren regelt. Ein solches Gesetz würde auch, wie im Zusammenhang mit der institutionalisierten Mediation dargelegt [143], dem Wesen der Mediation [39] zuwiderlaufen. Die Zurückhaltung des Gesetzgebers bei der Verfahrensregulierung ist also durchaus angebracht. Schon *Ehrlich*, ein bekannter Rechtssoziologe, mahnte den Staat um Zaghaftigkeit, wenn er die Menschen zu einem positiven Tun veranlassen möchte²²⁶. Hier ist die Zaghaftigkeit auch im Interesse der Mediation geboten. Die Mediation ist ein informelles, flexibles und anpassungsfähiges Verfahren. Sie sollte es auch bleiben.

[191] Um als ein Berufsgesetz bezeichnet werden zu können, fehlen berufsrechtliche Vorschriften. In jedem Fall finden sich in dem Gesetz aber Rahmenbedingungen und Weichenstellungen, die sowohl das Verfahren, wie auch

²²⁵ *Prütting*, AnwBl 2012, 204;
Henssler/Deckenbrock, DB 2012, 159
Carl, ZKM 2012, 16;
Ortloff, Editorial NJW Heft 3/2012

²²⁶ *Ehrlich* Zitat aus *Röhl* (Rechtssoziologie)

den professionellen Umgang mit der Mediation festlegen. Der Gesetzgeber wendet sich an die Professionen, nicht etwa an die eigentlich betroffene Zielgruppe, die Medianten. Alles spricht dafür, dass es dem Gesetzgeber darum geht, ein neues Verfahren mit dem Ziel zu etablieren, die Mediation zu fördern. Nicht umsonst heißt das Gesetz: „Gesetz zur Förderung der Mediation“. Also geht es in erster Linie um die *Förderung* (Etablierung) eines Verfahrens, nicht um dessen *Regulierung* (Aufstellen von Verfahrensregeln). Zu beachten ist, dass das MediationsG keine Aussagen über das Zustandekommen oder die Vergütung einer Mediation, deren Ablauf oder Folgen von Fehlern trifft. Diese sind, wenn sich die These einer ausschließlich privatrechtlich zu beurteilenden Rechtsgrundlage bestätigt [211], im Bürgerlichen Gesetzbuch zu finden.

[192] Die Behauptung, die Mediation sei ein privatautonomes Verfahren legt die Anwendung des Privatrechts nahe. Üblicherweise begründet das Verfahrensrecht ein prozessrechtliches Verhältnis, das dem öffentlichen Recht, also dem Hoheitsrecht, zugeordnet wird. Weil das MediationsG kein Verfahrensrecht darstellt, erlaubt es der Mediation, sich einen materiell-rechtlichen, also privatrechtlichen Rahmen zu geben. Dessen ungeachtet werden Mediationen in der Praxis durchaus auf öffentlich-rechtliche Grundlagen oder gar auf fehlende Vertragsverhältnisse gestützt [216]. Immerhin ging das Gesetz zumindest im Entwurf davon aus, dass auch ein Richtermediator eine Mediation durchführen könne, obwohl ein Richter kaum in der Lage ist, vertragliche Verpflichtungen hinsichtlich eines Verfahrens einzugehen.

Auch im Kostenrechtsmodernisierungsgesetz hat der Gesetzgeber die Mediation des Notars als eine hoheitliche Tätigkeit beschrieben. Kann es etwa sein, dass die Mediation auch ohne Vertrag möglich ist oder dass sie auf ein öffentlich-rechtliches Verhältnis gestützt werden kann? Beide Fragen sind für eine professionelle Mediation zu verneinen:

- Ohne eine juristische Legitimation (also ohne einen Vertrag und ohne eine verbindliche Verfahrensordnung) besitzt der Mediator keine Legitimation, die Parteien durch ein Verfahren zu *führen*. Auch gäbe es keinen verbindlichen Maßstab die Korrektheit seines Handelns zu überprüfen.
- In einer öffentlich-rechtlichen, hoheitlichen Rechtsbeziehung ist die Kontrolle der Parteien über das Verfahren eingeschränkt. Der Mediator ist nur bedingt unabhängig, weil er als Amtsperson in erster Linie dem Amt verpflichtet bleibt.

[193] Das Gesetz selbst legt sich in der Frage nach der Rechtsgrundlage der Mediation nicht fest. Es scheint Spielräume für alle Varianten zu geben, also auch für die so genannten nicht vertragsbasierten²²⁷ und die hoheitlichen Mediationen [205]. Das MediationsG schließt diese Lücke nicht. Es ist auch **keine Rechtsgrundlage, auf die Parteien ohne einen weiteren legitimierenden Rechtsakt (Rechtsgrund) Rechte und Pflichten stützen könnten**²²⁸.

²²⁷ Greger in Greger/Unberath Teil 2, § 1 Rdnr. 72, 52

²²⁸ Auszunehmen ist der Auskunftsanspruch nach § 2 Abs. 6

Die Rechtsverordnung

[194] Wie der Name sagt, betrifft die Verordnung über die Aus- und Fortbildung von zertifizierten Mediatoren (ZMediatAusbV) lediglich Fragen der Ausbildung und Zertifizierung. Sie sind in dem Kapitel „Die Aus- und Fortbildungsverordnung“ näher erläutert [980].

Die Standards

[195] Um die in Betracht kommenden Rechtsquellen vollständig aufzuführen, bedarf es der Erwähnung von Standards. Standards sind allgemeine, nicht ohne weiteres auf das konkrete Verfahren bezogene Leitlinien. Mit der Errichtung von Standards soll eine Vereinheitlichung erreicht werden. Es soll sichergestellt sein, dass eine Mediation auch dem entspricht was von einer Mediation zu erwarten ist. Mit dem Inkrafttreten des MediationsG sind die wichtigsten Standards jetzt in das Gesetz eingearbeitet worden. Darüber hinaus können die Standards der Verbände Konkretisierungen vornehmen, um ein präziseres Qualitäts- und Leistungsniveau zu definieren.

[196] Die wohl wichtigsten und bedeutendsten Standards finden sich im **Code of Conduct for Mediators**²²⁹. Die Regelung wurde im Jahre 2004 aufgrund einer EU-Initiative mit einer Anzahl von nationalen Verbänden²³⁰ mit Unterstützung der EU-Kommission erstellt²³¹. Der Code ist unverbindlich und muss durch Unterzeichnung

²²⁹ Abgedruckt im Anhang

²³⁰ Integrierte Mediation e.V. war z.B. einer der mitwirkenden und zeichnenden Verbände in Deutschland.

²³¹ Code of Conduct

(Selbstunterwerfung) anerkannt werden. Neben dem Code of Conduct gibt es Standards, welche die Verbände erlassen haben²³².

[197] Im Gegensatz zu den gesetzlichen Vorgaben sind die in den Standards vorgegebenen Leitlinien *nicht* ohne Weiteres verbindlich. Standards können nur dadurch bindend werden, dass sich der Mediator ihnen unterwirft. Zwangsmitgliedschaften der Berufsinhaber - wie etwa die Mitgliedschaften in der Anwaltskammer, der Steuerberaterkammer oder der IHK - sind für die Mediation wenigstens derzeit noch nicht vorgeschrieben. Standards haben deshalb nicht die Rechtswirkung wie beispielsweise die Satzungen der Kammern (z.B. die BORA, Berufsordnung für Rechtsanwälte). Manche Verbände zwingen ihre Mitglieder, sich den Standards zu unterwerfen. Oft wird auch von den Mediatoren verlangt, dass sie sich zum Zweck der Zertifizierung durch einen Verband dessen Standards zu unterwerfen haben²³³. Andere Standards wie z.B. der *Code of Conduct* erwarten die an und für sich besser zum Geist der Mediation passende Selbstunterwerfung. In jedem Fall bedürfen die Standards, damit sie verbindlich werden können, einer verpflichtenden Erklärung des Mediators.

[198] Mit der Unterwerfung des Mediators unter Standards mag sein Verhalten konkretisiert sein. Allerdings sind die Standards damit noch lange kein verbindlicher Bestandteil einer Mediation. **Um die Standards auch zum Inhalt eines Mediationsvertrages werden zu las-**

²³² Standards des Verbandes Integrierte Mediation im Anhan..

²³³ So z.B. die Integrierte Mediation

sen, bedarf es ihrer ausdrücklichen Einbeziehung. Sie kann durch eine einfache Vertragsklausel erfolgen²³⁴.

▢ Standards in den Vertrag einbeziehen

Der Vorteil der expliziten vertraglichen Einbeziehung von Standards ist eine größere Klarheit, eine gewisse Verlässlichkeit über die anwendbaren Regeln und vor allem deren Verbindlichkeit. Sie gewährleistet den Parteien eine konsistente Durchführung des Verfahrens. Mittelbar kann sich ihre Verbindlichkeit, auch ohne Einbeziehung in den Vertrag, durch das Bekenntnis des Mediators, etwa in seiner Werbung herstellen. Wenn er die Mediation als ein standardorientiertes Verfahren angeboten hat, kann der Mediand davon ausgehen, dass das Leistungsangebot dem Angebot entspricht.

[199] Nicht nur um den Richtliniencharakter zu unterstreichen haben die Verbände versucht, Ihre Standards zu vereinheitlichen. Einige der Verbände haben ihre Standards wechselseitig anerkannt. Die Anerkennung ist keine Akkreditierung und stellt keine behördliche Genehmigung dar.

[200] Solange die Verbände nur auf selbsternannte Legitimationen zurückgreifen, haben sich nicht alle Verbände um diese gegenseitige Anerkennung beworben. Keinesfalls bedeutet dies jedoch, dass sie den Standards widersprechen oder gar andere Standards verfolgen. Inzwischen gibt es zwar einheitliche, abgestimmte Richtlinien

²³⁴ wie z.B. „Für die Durchführung der Mediation gelten die Standards des Verbandes Integrierte Mediation“.

zur Mediation. Es gibt aber kein allseits akzeptiertes Anerkennungsverfahren einer *neutralen* Instanz.

Die Mediationsordnung

[201] Mediationsordnungen sind meist im Rahmen der sogenannten institutionalisierten Mediation [143] vorgegebene Standards. In ihrer rechtlichen Bedeutung sind sie geringwertiger als eine Hausordnung, weil sie aus sich selbst heraus keine rechtliche Bindungswirkung entfalten können und nicht per se verpflichtend sind. **Als Rechtsquelle kommt eine Mediationsordnung nur in Betracht, wenn sie zum verbindlichen Vertragsbestandteil gemacht wird.** Insofern gilt das zu den Standards Gesagte [199]. Obwohl Mediationsordnungen keine *Verordnungen* sind, erwecken sie oft einen dementsprechenden Eindruck. Ein Beispiel liefert die so bezeichnete Mediationsordnung einer *IHK*²³⁵. Sie gibt Regeln für das Verfahren und seinen Ablauf vor. Zwar enthält sie die Klausel, dass die Mediationsordnung von den Parteien zu vereinbaren sei. Trotzdem suggeriert sie eine vorgegebene Ordnung, der sich die Parteien, einschließlich des Mediators, zu unterwerfen haben. Der informell autonome Charakter der Mediation wird konterkariert. Offenbar inspiriert die Einführung eines hauseigenen Verfahrensrechts auch den Verwender dazu, die Mediation als ein gerichtsähnliches Verfahren zu betrachten. Ausführungen wie „*Soweit die Parteien nichts anderes vereinbart haben*, findet die Mediationsordnung Anwen-

²³⁵ IHK München, Mediationsordnung in „Wirtschaft – das IHK-Magazin für München und Oberbayern“ 01/2013 unter Veröffentlichungen und Bekanntmachungen

„dung“ erwecken den Eindruck, als handele es sich um zwar dispositives aber vorgegebenes Recht. Richtig müsste es heißen: „Soweit die Parteien dies vereinbart haben, findet die Mediationsordnung Anwendung“. Tatsächlich kommt es nicht darauf an, ob die Parteien etwas *anderes* vereinbaren, sondern darauf, dass sie sich *dafür* vereinbaren. Der Verwender von Mediationsordnungen *muss* den Kerngehalt der Regelung inhaltlich ernsthaft zur Disposition stellen und dem Verhandlungspartner Gestaltungsfreiheit zur Wahrung eigener Interessen einräumen²³⁶. Diese Anforderung ergibt sich nicht nur aus § 311 BGB, sondern auch aus dem in § 2 Abs. 2 zum Ausdruck kommenden Verständnis des Mediationsverfahrens. Auch die Formulierung „Der Mediator *lädt* zu einem ... Verhandlungstermin ...“ unterstreicht den Eindruck eines hoheitlichen Verfahrens. **Eine korrekt eingeleitete Mediation ist stets ein mit den Parteien zu vereinbarendes Verfahren, bei dem auch die Verfahrensregeln individuell bei der Rahmenbildung in Phase eins festgelegt werden.** Es ist als ein Mediationsfehler anzusehen, wenn der Mediator die Notwendigkeit der Vereinbarung über die Mediationsordnung nicht explizit hervorhebt und sich gegebenenfalls nur auf den Verweis auf eine bestehende Mediationsordnung beschränkt. Anders als in § 305 BGB genügt es nicht, nur Gelegenheit zur Kenntnisnahme zu geben.

✎ Bloßer Verweis auf eine „Mediationsordnung“

²³⁶ OLG Stuttgart 2. Zivilsenat, 06.05.2010, 2 U 7/10

[202] Die ebenfalls in Mediationsordnungen vorzufindende Formulierung²³⁷: „Das Verfahren beginnt mit dem Antrag einer Partei“, kann sich nicht auf die Mediation erstrecken, da diese nur durch den Vertrag, also die übereinstimmende Erklärung beider Parteien ausgelöst werden kann. Gemeint ist das vorbereitende Clearingverfahren. Es ist bei institutionalisierten Mediationen [143] häufig zu beobachten, dass das vorbereitende Verfahren²³⁸ [1138] wie die nachbereitenden Vollstreckungshilfen als ein Teil des Verfahrens ausgewiesen werden. Weil die Verfahren nicht korrekt gegeneinander abgegrenzt werden, wird die Identifikation der für die Mediation gültigen Regelungen erschwert. Mediationsfehler werden begünstigt²³⁹.

✎ Verwechslung Clearingverfahren / Mediation

Vereinbarungen in der Mediation

[203] Da es in der Mediation keine gesetzte, mit der ZPO vergleichbare Verfahrensordnung gibt [173], basiert die rechtliche Legitimation stets auf vertraglichen Vereinbarungen. Ihre rechtstheoretische Herleitung mag die Mediation komplizierter erscheinen lassen als sie in Wirklichkeit ist. Trotzdem ist es möglich, das rechtliche Konstrukt ideal an die psychologischen Anforderungen der Verhandlung anzupassen.

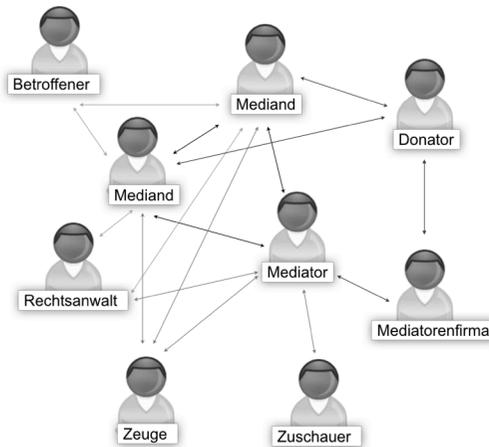
²³⁷ IHK (Mediationsordnung)

²³⁸ *Trossen / Diedrich* (Der Mediationsvertrag)

²³⁹ Ausführlich zur Vertragsgestaltung bei der Mediation:
Trossen / Diedrich (Der Mediationsvertrag)

Die Parteikonstellationen

[204] Vereinbarungen werden immer miteinander getroffen. Im Juristischen handelt es sich um übereinstimmende Willenserklärungen. Stets sind es Personen, juristische²⁴⁰ oder natürliche, die Vereinbarungen treffen. Die folgende Übersicht soll die Komplexität der Möglichkeiten aufweisen, damit die potentiellen Vertragspartner besser zu identifizieren sind [659].



In der Mediation treten sich gegenüber:

Auftraggeber	Auftragnehmer	Vertragsparteien
Mediator(en)	Mediant(en)	Prozessbeteiligte
Medianden	Medianden	Prozessbeteiligte
Mediator(en)	Dritte(r)	Prozessbeteiligte
Medianden	Dritte(r)	Prozessbeteiligte
Mediator(en)	Betroffene	Betroffene
Medianden	Betroffene	Betroffene

²⁴⁰ Juristische Personen sind Personenvereinigungen (Entitäten), die selbst Träger von Rechten und Pflichten sein können wie z.B. die GmbH (Gesellschaft mit beschränkter Haftung)

Mit dieser Systematik lassen sich *alle* an der Mediation zu beteiligenden Personen, einschließlich der Dritten [815] und der Betroffenen [419] erfassen, vernetzen und gegeneinander abgrenzen. Die Aufstellung relativiert den irreführenden Parteibegriff des Gesetzes [659]. Sie berücksichtigt, dass Auftraggeber und Medianden bzw. Auftragnehmer und Mediatoren nicht personenidentisch sein können [204][319]. Sie beachtet schließlich, dass die Zahl der Medianden beliebig groß werden kann. Ihre Identifikation wird bei der Geeignetheit erörtert §. Es können auch mehrere Mediatoren als Co- oder Teammediatoren beteiligt sein. In all diesen Fällen erweitert sich die Tabelle um Personen, die gegebenenfalls Verfahrensabsprachen zu treffen haben. Entscheidend ist, dass mindestens der Mediator und die Medianden sich in der Mediation befinden, wo es zwingend zu Absprachen über die geplante Vorgehensweise kommt.

Die rechtliche Relevanz der Absprachen

[205] Theoretisch wäre es durchaus denkbar, sich einfach mit den Medianden an einen Tisch zu setzen, um die Verhandlungen zu beginnen. Etwa so, als würde sich ein freundlicher Nachbar bei einem Autokauf einfach in die Vertragsverhandlungen einmischen, um den Verhandlungspartnern zu helfen, eine Einigung über den geplanten Kauf zu erzielen. Niemand würde daran denken, einen Vertrag darüber abzuschließen, *wie* die Verhandlungen nach der Einmischung des Dritten fortzuführen wären. Spätestens wenn die Verhandlungspartner das Gefühl haben, dass der Dritte eher stört als hilft, werden sie ihn darauf ansprechen und ihm seine Einmischung ent-

weder untersagen oder ihn anweisen, wie sie zu erfolgen hat²⁴¹. Bis es dazu kommt würde der Jurist eine solche Situation als ein *faktisches Verhältnis* oder gegebenenfalls als ein Gefälligkeitsverhältnis beschreiben. Es werden keine Verbindlichkeiten festgelegt oder Rechte begründet. Ausschlaggebend ist, dass sich keine zusätzlichen, die eigenübliche Sorgfaltspflicht erweiternden Pflichten ergeben. Dass eine Mediation auch unter solchen Bedingungen möglich ist, beweist die *faktische Mediation* [139]. Die Annahme eines faktischen oder eines Gefälligkeitsverhältnisses steht allerdings im Widerspruch zur Mediation im professionellen Verständnis. Dass sich eine professionell durchgeführte Mediation nicht lediglich auf die eigenübliche Sorgfalt beschränkt, ist deren maßgebliches Kriterium. Trotzdem werden in der Literatur Mediationen ausdrücklich erwähnt, bei denen Mediatoren "auf nicht vertraglicher Basis" tätig werden²⁴². Damit sollen die Güterichter, die Schulmediatoren oder die Mediationen durch Mitarbeiter gemeinnütziger Organisationen angesprochen sein. Interessanter Weise werden die innerbetrieblichen Mediationen in dem Zusammenhang nicht genannt. Dass eine professionelle Mediation völlig außerhalb von Vereinbarungen stattfindet, ist nicht vorstellbar [205]. Ganz unabhängig von der juristischen Sicht sind die Vereinbarungen über das Verfahren ein wesentlicher Bestandteil des Verfahrensrituals [21].

Vereinbarungen über die Art und Weise der Durch-

²⁴¹ Die Parallele zur Mediation wird erkennbar. Dort erlaubt es die Freiwilligkeit den Parteien letztlich zu entscheiden, ob und wie die Hilfe des Dritten auszusehen hat.

²⁴² Greger in Greger/Unberath Teil 2, § 1 Rdnr. 72, 52

führung einer Mediation werden auch aus psychologischen Gründen gefordert.

[206] Zutreffend ist allerdings, dass nicht jeder Mediator in der Lage ist, einen Rechtsgrund für die Mediation zu vereinbaren. Ein Richtermediator beispielsweise wäre kaum befugt, einen Mediationsvertrag abzuschließen. Trotzdem führt auch er das Verfahrensritual [21] durch und stimmt sich über das Verfahren ab. Auch er bewegt sich nicht in einem rechtsfreien Raum. Lediglich der Rechtsgrund für sein Handeln ergibt sich, anstatt aus dem Mediatorenvertrag, aus seiner beruflichen Stellung (dem beruflichen Auftrag). Auch ein Mediator, der für eine gemeinnützige Einrichtung arbeitet, wird, wenn er die Regeln der Kunst beachtet, nicht davon befreit, Vereinbarungen über die Durchführung des Verfahrens zu treffen. Die Situation ist weiterhin vergleichbar mit einer Mediationsfirma, die den Auftrag zur Mediation annimmt und einen Mediator bereitstellt, der dann aufgrund seines Arbeitsvertrages mit der Mediationsfirma tätig wird und durch seinen Arbeitgeber bezahlt wird. Ein weiteres Beispiel ist die telefonische Shuttle Mediation der Rechtsschutzversicherungen [146], wo der Mediator im Auftrag der Versicherung und auf deren Bezahlung hin tätig wird.

[207] Die Praxis zeigt, dass die Mediation auch in einem derartigen Konstrukt möglich ist. Der Gesetzgeber war, die Richtermediation im Sinn habend, offenbar davon ausgegangen, dass eine Mediation unabhängig vom jeweiligen Rechtsgrund durchführbar sei. Vor diesem Hintergrund machen Vorschriften wie § 2 Abs. 1, § 2 Abs. 2 oder Abs. 4 sogar einen Sinn. § 2 Abs. 1 besagt, dass die

Medianden den Mediator auszuwählen haben. Diese Vorschrift ist überflüssig, wenn der Mediator und die Medianden unmittelbar miteinander kontrahieren. In der Begründung zum Gesetz wird wie selbstverständlich davon ausgegangen, dass die Mediation auch von den (Familien-) Beratungsstellen durchgeführt wird²⁴³, obwohl diese angeblich eine „nicht vertragsbasierte Mediation“ durchführen. § 2 Abs. 2 erwartet von dem Mediator, dass er sich über die Freiwilligkeit vergewissert, was bei einem unterstellten Vertragsverhältnis ebenfalls als gegeben vorausgesetzt werden kann. § 2 Abs. 3 setzt die Teilnahme Dritter unter einen Einwilligungsvorbehalt der Parteien. Auch diese Vorschrift würde sich erübrigen, wenn von der uneingeschränkten Legitimationsgewalt der Parteien ausgegangen wird.

[208] Alle vorgenannten Fälle haben gemeinsam, dass der *Rechtsgrund* zum Tätigwerden für die Mediatoren nicht auf einer *zwischen dem Mediator und den Medianden vereinbarten Causa*²⁴⁴ [218] beruht. Das bedeutet nicht, dass die Vereinbarung *über das Verfahren* ausbleiben kann. Jeder Mediator klärt im Vorfeld, ob und wie er die Parteien unterstützen kann, um ihre Verhandlungen zu einem guten Ende zu bringen (Phase eins). Der Mediator klärt den Auftrag, vereinbart die Verhandlungsbedingungen (Vorgehensweise) und sogar Regeln, wie die Parteien zu einer gelingenden Kommunikation beitragen können. Zugegeben, die Verbindlichkeit dieser Regeln ist fraglich. Im Zweifel bereitet es den Parteien weniger Aufwand, die

²⁴³ Begründung, S. 25. Siehe auch *Balloff* (Kinderrechte)

²⁴⁴ „Causa“ ist die aus dem römischen Recht stammende lateinische Bezeichnung für den Rechtsgrund eines Rechtsgeschäftes.

Mediation einfach abzurechnen als etwa die Verbindlichkeit der Regel, Beleidigungen zu unterlassen, einzufordern. Der Mediator hätte auch keine Gewalt, sie durchzusetzen. Anders sieht es aus, wenn sich aus der Vereinbarung die Pflicht des Mediators ableitet, Beleidigungen zu verhindern. Wenn dann festgestellt wird, dass er dieser Pflicht ohne Not nicht nachgekommen ist, kommt die Frage eines Mediationsfehlers und mithin der Haftung auf. **Die Vereinbarungen über die Durchführung des Verfahrens haben durchaus eine nicht zu unterschätzende, rechtliche Relevanz.** Sieht man sich den Inhalt der dem Verfahren geschuldeten Vereinbarungen genauer an, fallen Regelungsinhalte auf, die durchaus eine rechtliche Bedeutung haben. Die Nicht-Einbeziehung der Medianden oder Dritter i.S.d. § 2 Abs. 4 in die vom Gesetz nur unzulänglich geregelte Verschwiegenheitspflicht ist nur ein Beispiel [913]. So wie die Vereinbarung zur Verschwiegenheitspflicht der Beteiligten die rechtliche Relevanz solcher Absprachen belegt, ist auch deren Unterlassung rechtlich bedeutsam. Sie stellt einen Mediationsfehler dar, der wiederum zur Haftung führen kann.

✎ Unterlassene Verschwiegenheitsverpflichtung

[209] Sogar die schlichte Festlegung des Themas in Phase zwei hat eine rechtliche Bedeutung. Wenn der Mediator ein Thema behandelt, das nicht in Phase zwei legitimiert wurde, bewegt er sich außerhalb der Mediation, was wiederum rechtliche Konsequenzen nach sich zieht.

[210] Im Ergebnis ist festzuhalten, dass eine Mediation rechtsunverbindlich durchaus auf faktische Verhältnisse gestützt werden kann. Wird die Mediation allerdings in

einem professionellen Umfeld vorgehalten, dann muss sie sich an Regeln messen lassen, die ihre Verbindlichkeit nachprüfbar belegen. Juristisch formuliert kommt es auf den Rechtsbindungswillen an, der die Bereitschaft signalisiert, für das Versprochene einzustehen [757]. Leider besagt die Feststellung, dass die Mediation auf einer Vereinbarung basiert, noch nichts über die Art und Weise aus, wie diese Vereinbarung beschaffen sein muss, damit es zu einer „echten“ Mediation kommen kann. Die Kriterien lassen sich aus der Rechtsnatur der Mediation herleiten, die zuvor untersucht sein will.

Die Rechtsnatur der Mediation

[211] Es ist ebenso auffällig wie markant, dass der Gesetzgeber keine Bedenken hat, die Mediation dem hoheitlichen Tätigkeitsbereich zu unterwerfen. Diesen Gedanken verfolgte er bereits mit der Einführung der Richtermediation. Er verwirklichte ihn schließlich mit dem Kostenrechtsmodernisierungsgesetz. Dort stellte er heraus, dass der Notar die Mediation über einen öffentlich-rechtlichen Vertrag begründe und als Teil seines hoheitlichen Handelns durchführe [83]. Auch Behörden führen Mediationen durch. Ist die Mediation wirklich so beliebig, dass sie jeder Tätigkeit und jedem Rechtsgebiet einzuverleiben ist?

Der privatrechtliche Ansatz

[212] Spätestens die Diskussionen um die Richtermediation haben gezeigt, dass es einer vertraulichen Enklave bedarf, um die Mediation durchführen zu können. Die zur Mediation passende Rechtsnatur erschließt sich aus ei-

nem Vorgehen, das ihre Andersartigkeit zu würdigen vermag [175], das von einer Machtbalance [180] ausgeht, den Parteien die volle Verfahrenskontrolle überlässt und durch die Autonomie aller [175] Beteiligten geprägt ist. Rechtlich betrachtet kommt der Begriff der Autonomie in der bereits erwähnten, verfassungsrechtlich geschützten Privatautonomie vor [188]. Bildungssprachlich wird Autonomie als Unabhängigkeit oder Selbständigkeit verstanden. Philosophisch ist die Willensfreiheit gemeint²⁴⁵. Psychologisch verstanden bedeutet Autonomie die Selbstgestaltung der eigenen Entwicklung in einer einbindenden Kultur²⁴⁶. Wenn behauptet wird, die Mediation wolle den Betroffenen auch in schwierigen Lebenssituationen Autonomie zurückgeben und sie zu eigenen Entscheidungskompetenzen befähigen²⁴⁷, kann damit nicht die juristische Autonomie gemeint sein. Zumindest in rechtlicher Hinsicht haben die Parteien ihre Autonomie niemals verloren. Sie nehmen sie allenfalls nicht wahr.

[213] Was nicht verloren ist, muss auch nicht zurückgegeben werden. Die Privatautonomie erlaubt es den Parteien *stets*, sich abweichend von Gerichtsurteilen oder zu deren Abwendung anders zu vereinbaren. Dazu bedarf es keiner Mediation. Wohl, wenn die Vereinbarung streitbedingt misslingt. Was die Willensbildung der Parteien beeinträchtigen mag, beschreibt der BGH²⁴⁸: „Es liegt im Wesen des Streites, dass dabei entgegengesetzte und ei-

²⁴⁵ Duden (Begriff)

²⁴⁶ *Haberpointner & Höretzeder* (Begriffsbestimmungen)

²⁴⁷ ZIF (Exemplarischer Beitrag)

²⁴⁸ BGH, *Urteil* vom 30. 1. 1957 - V ZR 80/55, NJW 1957, 589

nander ausschließende Auffassungen mit Heftigkeit aufeinanderstoßen. Wer streitet, verliert aber nicht selten den klaren Blick für die streitigen Tatsachen und Vorgänge. Die Erinnerungsbilder der an einem Streit Beteiligten verschieben sich mehr oder weniger unbewusst. Jeder von ihnen steigert sich im Verlauf der Auseinandersetzung in eine einseitige Betrachtungsweise und in das Gefühl der alleinigen Richtigkeit des eigenen Standpunktes hinein. Dabei kann es naturgemäß nicht ausbleiben, dass die Streitenden einander wechselseitig Abweichungen von der Wahrheit zum Vorwurf machen“. **Die Mediation weiß ihr Verfahren so zu organisieren, dass ein Erkenntnisgewinn möglich wird, der den Blick der Parteien aus der Konflikthaftigkeit befreit.** Richtig ausgeführt trägt die Mediation mosaikartig, in mehreren aufeinander abgestimmten Schritten, zur Klärung der verschiedenen Sichtweisen bei und reduziert systematisch den Streitanlass. Entscheidend ist die Erkenntnis, dass die Mediation auf der Autonomie der Parteien aufsetzt. Sie muss sie nicht herstellen. Es ist ebenso unangemessen wie die Autonomie der Parteien missachtend, wenn ihnen stereotyp unterstellt wird, sie seien konfliktbedingt nicht selbst in der Lage, die Tragweite ihrer Entscheidungen einzuschätzen. Die unterstellte Bewusstseinsbeeinträchtigung ist von verschiedenen Einflüssen abhängig. Der Eskalationsgrad des Konfliktes hat ein maßgebliches Gewicht. Die Bewusstseinsbeeinträchtigung ist bei den Menschen unterschiedlich ausgeprägt. Die Mediation kann und muss sich an die Konfliktlage und die individuelle Einsichtsfähigkeit der Parteien an-

passen können und darf keine Konflikte unterstellen, wo keine sind.

✎ Falsche Konfliktdanalyse

[214] Obwohl die Autonomie eine wesentliche Grundannahme für die Durchführbarkeit der Mediation ist, findet sich im MediationsG kein grundlegender Hinweis auf eine, die Autonomie manifestierende Rechtsgrundlage. Auch findet sich kein ausdrücklicher Beleg für die zur Autonomie passende, immanente und umfassende Dispositionsbefugnis der Medianden. Ein einziger gesetzlicher Hinweis mag sich indirekt aus der Definition des § 1 Abs. 1 herleiten lassen. § 1 besagt, dass die Medianden die Beilegung ihres Konfliktes *eigenverantwortlich* anstreben. Die Begründung²⁴⁹ hebt hervor, dass die Medianden „*während des gesamten Verfahrens* für die zur Konfliktbeilegung getroffenen Maßnahmen und Absprachen und insbesondere *auch* für den Inhalt der abschließenden Vereinbarung verantwortlich *bleiben*“²⁵⁰. Vor diesem Hintergrund erscheint es irreführend, wenn der Gesetzgeber einzelne verfahrensbezogene Entscheidungen, wie etwa in § 2 Abs. 3 oder § 3 Abs. 4 unter den Einwilligungsvorbehalt der Parteien stellt, obwohl *alle* Entscheidungen einer parteilichen Zustimmung bedürfen. Dass *alle* Entscheidungen des Mediators unter einem Einwilligungsvorbehalt der Parteien stehen, ergibt sich aus dem Umstand, dass der Mediator keine andere Legitimation nachweisen kann, als die mit den Parteien getroffenen Vereinbarungen.

²⁴⁹ Begründung, S. 21

²⁵⁰ Begründung, S. 21

[215] Das MediationsG äußert sich nicht zu der Frage wie die Mediation zustande kommt und wer gegebenenfalls mit wem welche Vereinbarungen zu treffen hat. *Eidenmüller* beschreibt die Mediation *insgesamt* als eine Vereinbarung zwischen zwei oder mehr Personen über die Durchführung einer Mediation hinsichtlich eines bestimmten Konfliktgegenstandes im Konfliktfall²⁵¹. Die Regelungen innerhalb einer Mediationsvereinbarung sollen - soweit sie auf die Durchführung und Gestaltung des Mediationsverfahrens gerichtet sind - den vertragsrechtlichen Regeln des Bürgerlichen Gesetzbuches unterliegen²⁵². Zu Recht sieht auch *Stürmer* in der Mediation ein materiell-rechtliches Streitbeilegungsverfahren, das sich vom prozessrechtlichen Streitbeilegungsverfahren abgrenzt²⁵³. Nur diese Einschätzung wird dem Wesen der Mediation [39] gerecht. Wenn die Parteien die Verantwortung für das Prozessergebnis tragen sollen, müssen sie auch die Kontrolle über das Prozesserleben haben. Es erscheint kontraproduktiv, ein eigenverantwortliches Ergebnis aus einem fremdbestimmten Entscheidungsprozess entstehen zu lassen. Anders formuliert: **Wenn die Parteien die Verantwortung über das Ergebnis tragen sollen, müssen sie auch die Kontrolle darüber haben, wie das Ergebnis zustande kommt.** Damit die Parteien ihre Kontrolle über den zur Entscheidung führenden Prozess ausüben können, müssen sie einen Zugriff auf alle prozessualen Entscheidungen haben und

²⁵¹ *Eidenmüller*, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, III, Einl.; *Heß/Sharma*, Rechtsgrundlagen der Mediation, in Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 26 Rn. 8.

²⁵² *Stürmer* (Dissertation), S. 80

²⁵³ *Stürmer* (Dissertation), S. 80

den Rahmen bestimmen können, in dem dieser Zugriff möglich ist. Insoweit unterscheidet sich die Mediation gravierend von jedem autoritären Verhandlungskonzept. Der Mediator hat keine (originäre) Verhandlungsmacht. Geht man davon aus, dass nur die der Mediation zugrunde liegenden Vereinbarungen die maßgebliche Rechtsquelle zur Regelung der Rahmenbedingungen zwischen Mediator und Medianden bilden, muss der Mediator **alle Legitimationen und Ermächtigungen aus diesen Vereinbarungen herleiten** können, wenn er sie nicht im Einzelfall einholt.

Die notwendige Differenzierung

[216] Der Versuch, die Mediation einem *einheitlichen* Vertragsmodell zu unterwerfen, suggeriert, dass eine Mediation, die „nicht vertragsbasiert“ ist, oder eine, die auf einen öffentlich-rechtlichen Vertrag gestützt wird, dem Schicksal ihrer Initialisierung zu folgen habe. Eine faktische Mediation wäre dann vertragslos gestellt. Eine auf einem öffentlich-rechtlichen Vertrag basierende Mediation würde sich in einen Hoheitsakt kleiden. Der Versuch einer Vereinheitlichung übergeht schließlich die Vielfalt der aufkommenden Rechtsbeziehungen [204]. **Kein ein-dimensionales Vertragsmodell kann dem Wesen der Mediation [39] in allen Konsequenzen gerecht werden.** Wieder ist ein Umdenken erforderlich. Die Mehrdimensionalität entspricht durchaus dem Wesen der Mediation, indem die Organisation einer Mediation, die Einbeziehung der Parteien [204], die Ermittlung der Betroffenen und deren Zusammenführung eine durchaus erwünschte *Netzwerkarbeit* erfordert. **Es entspricht der**

Mediation als ein flexibel und individuell zu gestaltendes Verfahren, wenn sich die zu treffenden Vereinbarungen auf die unterschiedlichen Personen, Rechtsbeziehungen und Bedürfnisse einlassen. Nur so kann berücksichtigt werden, dass am Verfahren nicht nur die Vertragsparteien, sondern auch die Medianden, Dritte und weitere Persönlichkeiten beteiligt sind. Nur so lässt sich das Phänomen erfassen, dass Auftraggeber und Auftragnehmer, Mediator und Medianden auseinanderfallen können. **Stellt man sich diese Vereinbarung als individuelle Verträge vor, ergeben sich die Rechtsverhältnisse der Mediation aus einer Summe der Vereinbarungen.** Jetzt kommt es der Mediation entgegen, dass es keine allgemein verbindliche Verfahrensordnung gibt. Der Mediator ist gezwungen, das Verfahrensrecht aus *einzelvertraglichen* Vereinbarungen fallindividuell zu gestalten. Ein derart konzentrisch aufgebautes, modulares *Vertragsmodell* ist mit dem Begriff **offener Akkumulationsvertrag** am besten zu beschreiben. Im Mittelpunkt steht die Mediation, mithin das Verfahren. Weil die Vereinbarungen innerhalb der Mediation ständig ergänzt und angepasst werden, handelt es sich um einen offenen Vertrag [338]. Weil sich die Vereinbarungen als Teile eines Ganzen addieren um sich ständig zu erweitern und anzupassen, sprechen wir von einem dem Privatrecht unterliegenden, offenen Akkumulationsvertrag. Nur dieses Vertragsmodell erlaubt den kreativen Aufbau des Verfahrens mit individuellen, auf die jeweilige Rolle bezogenen Optionen. Es obliegt dem Mediator, die Vereinbarungen so aufeinander abzustimmen, dass sie ineinandergreifen und miteinander kompatibel

sind. Gelingt dies nicht, ist ein Mediationsfehler anzunehmen.

✎ Die Verfahrensabsprachen entsprechen sich nicht

[217] Der Widerspruch, der dadurch entsteht, dass die Mediation auch dann privatrechtlich auszugestaltet ist, wenn der Mediationsvertrag öffentlich-rechtlicher Natur ist, oder der Widerspruch, der dadurch entsteht, dass die Mediation einer Vereinbarung bedarf, obwohl sie nicht auf einen Vertrag zurückgeführt werden kann und schließlich der Widerspruch, dass der Mediationsvertrag mit anderen Personen geschlossen wurde als den Prozessparteien, lässt sich nur lösen, wenn die in der Mediation begründeten Rechtsbeziehungen differenziert behandelt werden [216]. Die auf den Inhalt der Vereinbarungen abstellende Exegese erlaubt eine weitere Unterscheidung; nicht nur zwischen den jeweiligen Rechtsbeziehungen [204], sondern auch zwischen den Ebenen. Hier finden sich rechtsbegründende aber auch solche Vereinbarungselemente, welche die Durchführung des Verfahrens betreffen. Die Unterscheidung von verpflichtenden und vollziehenden Vereinbarungselementen ist dem deutschen Recht nicht fremd. Sie kommt in dem so genannten Abstraktionsprinzip zum Ausdruck, das sich in der Mediation als ein **Erfüllungsprinzip** erweist. Das Abstraktionsprinzip ist ein Grundsatz des Sachenrechts. Er beruht auf dem Trennungsprinzip und besagt, dass ein schuldrechtliches Kausalgeschäft und ein abstraktes, sachenrechtliches Geschäft in ihrem rechtlichen Bestand voneinander unabhängig sind²⁵⁴. Was in

²⁵⁴ Wikipedia (Begriff), dl 31.1.2014

der juristischen Verklausulierung so kompliziert klingt, ist in der Praxis ein hilfreiches Konstrukt, das sich am Beispiel eines Kaufvertrages anschaulich erläutern lässt. Bei dem Kauf eines Buches z.B. bildet der Kaufvertrag i.S.d. § 433 BGB den verpflichtenden Vertrag, den die Juristen *Causa* nennen. Die *Causa* beschreibt die Rechte und Pflichten auf die sich die Parteien eingelassen haben. Sie liefert den Rechtsgrund für den Leistungsaustausch. Mit dem Kaufvertrag wird die Verpflichtung des Verkäufers begründet, das Buch gegen Zahlung des Kaufpreises zu liefern. Mit dem Abschluss des Kaufvertrages ist die vertragliche Verpflichtung aber noch nicht erfüllt. Dazu bedarf es der Übertragung des Eigentums am Buch einerseits und der Übertragung des Eigentums an der Kaufpreiszahlung, also am Geld andererseits. Hierzu schließen die Parteien sogenannte Übereignungsverträge ab. Durch das Abstraktionsprinzip wird die Frage der Berechtigung von der Frage der Wirksamkeit getrennt. Das Schicksal der vollziehenden Übereignungsverträge ist in seiner *Berechtigung* zwar abhängig von der zugrunde liegenden *Causa*. Es ist in seinem *Bestand* allerdings von der Wirksamkeit der zugrunde liegenden *Causa* unabhängig. Das bedeutet: wenn der Kaufvertrag unwirksam wird, ist die Übereignung deshalb noch lange nicht unwirksam. Das Eigentum muss vielmehr zurückgefordert werden.

[218] Die Abstraktion bewirkt eine rechtliche Eigenständigkeit der Verpflichtungs- und der Erfüllungsgeschäfte. Das Prinzip kommt auch in der Mediation zum Tragen. Wenigstens lassen sich unter seiner Anwendung alle zuvor genannten Widersprüche [217] stimmig auflösen.

Unter die Vereinbarungen in der Mediation [219] subsummiert bildet die Vereinbarung über den Leistungsaustausch (Mediationsdienstleistung gegen Honorar) den *Verpflichtungsvertrag* zur Durchführung einer honorierten, professionellen Mediation. Dieser Verpflichtungsvertrag liefert die *Causa*, also den *Rechtsgrund*. Die davon zu abstrahierenden Vereinbarungen über die Durchführung der Mediation sind bereits Teil der *Vertragserfüllung* und deshalb ohne weiteres als ein separates Erfüllungsgeschäft zu würdigen. **Die Verfahrensdurchführungsvereinbarung kann isoliert von der Causa zustande kommen und als solche eigenständig gewürdigt werden.** Die Verfahrensvereinbarung darf in ihrer Rechtsnatur also von dem Rechtsgrund, der *Causa*, abweichen. Weil *Causa* und Erfüllungsgeschäft als zwei voneinander zu unterscheidende Rechtsgeschäfte gewürdigt werden, wird es ohne weiteres möglich, die privatrechtlich basierte Vereinbarung über die Durchführung der Mediation auf einen öffentlich-rechtlichen Verpflichtungsvertrag aufzusetzen [288] oder auf einen fehlenden Vertrag oder auch auf einen Verpflichtungsvertrag, der mit anderen Parteien geschlossen wurde als den Prozessparteien.

Die Logik der Einigungen

[219] Die so zu identifizierenden Vereinbarungen sind keinesfalls willkürlich zu treffen. Sie verfolgen eine immanente, durch das Verfahren vorgegebene Logik. Bei genauem Hinsehen gibt die Mediation den Parteien eine Serie von Gelegenheiten, Vereinbarungen zu treffen. Teilweise geschieht dies für die Parteien ebenso unmerklich wie unerwartet. Pädagogen mögen in dem Vorge-

hen ein Konsenstraining erkennen. Tatsächlich erleben die Parteien, die eine Einigung nicht für möglich halten, an kleinen meist auf das Verfahren bezogenen Beispielen, dass und vor allem wie ein Einig werden möglich ist.

[220] Bei den grundlegenden, auf das Verfahren bezogenen Vereinbarungen handelt es sich um den in der Literatur so bezeichneten *Mediatorvertrag*, die *Mediationsabrede* und die *Abschlussvereinbarung*. Der Mediatorvertrag soll die Rechte und Pflichten der Konfliktparteien regeln. Die Mediationsabsprache ist die Bereitschaftserklärung zur Durchführung einer Mediation. Sie enthält gegebenenfalls auch die Abreden zum Verfahrensablauf. Die Abschlussvereinbarung [457] betrifft die Sachregelung der Parteien²⁵⁵. Nach der hier vertretenen Auffassung, wonach die Mediation als offener Akkumulationsvertrag sowohl rechtsbegründende als auch davon zu abstrahierende Durchführungsvereinbarungen enthält, lassen sich die in der Mediation vorkommenden Vereinbarungen konsistent als eigenständige Verträge (Vereinbarungen) auffassen, indem zwischen dem *Mediationsvertrag* (MV), der *Mediationsdurchführungsvereinbarung* (MDV), den *Mediationsabreden* (MA) und der *Mediationsabschlussvereinbarung* (MAV) unterschieden wird:

Mediationsvertrag (MV)

[221] Der Mediationsvertrag (MV) bildet den rechtsbegründenden, konstituierenden Akt. Er entspricht dem zuvor erwähnten Mediator- oder Mediatorenvertrag. Er bestimmt, dass und gegebenenfalls warum, also aus wel-

²⁵⁵ so z.B. *Unberath* in Greger/Unberath Einl. Rdnr 43

chem *Rechtsgrund*, die Parteien bei ihren Verhandlungen zu unterstützen sind. Er bildet regelmäßig den Ausgangspunkt der Mediation i.S.d. Mediationsgesetzes²⁵⁶ und darf auch ein öffentlich-rechtlicher Vertrag sein. Auch wäre es möglich, die Mediation im Sinne der *Containertheorie* [104] aus anderen Rechtsgründen herzuleiten. Gemessen an den möglichen Fallkonstellationen erscheint die Bezeichnung Mediatorenvertrag einschränkend. Sie berücksichtigt nicht, dass der Auftrag zur Durchführung einer Mediation statt an einen Mediator auch an eine, den Mediator beschäftigende Mediatorenfirma vergeben werden kann. Es ist deshalb konsequent und eindeutig, wenn der die Causa [218] abbildende, konstituierende Vertrag als *Mediationsvertrag* bezeichnet wird.

Mediationsdurchführungsvereinbarung (MDV)

[222] Die operativen Vereinbarungen betreffen den Kernbereich der Mediation, nämlich ihre Durchführung. Sie werden mit der Mediationsabsprache oder dem Verhandlungsvertrag getroffen²⁵⁷. Bei der institutionalisierten Mediation [143] entsprechen sie der in Bezug zu nehmenden Verfahrensordnung [201]. Alle diese Vereinbarungen tragen dazu bei, die Bedingungen für die *Durchführung* der Mediation festzulegen. Die hier gewählte Bezeichnung „Durchführungsvereinbarung“ oder noch präziser *Mediationsdurchführungsvereinbarung*

²⁵⁶ In der Literatur mitunter auch als Mediatorenvertrag bezeichnet z.B. <http://www.verband-der-baumediatoeren.de/Mediatorenvertrag.pdf>, abgelesen am 5.9.2012

²⁵⁷ so z.B. *Unberath* in Greger/Unberath Einl. Rdnr 43

[407] (MDV) ist angebracht. Sie soll die Notwendigkeit einer *Vereinbarung* ebenso herausstellen, wie deren auf die *Durchführung des Verfahrens* bezogene Verbindlichkeit. Die MDV legt die individuell auszuhandelnde Verfahrensgestaltung verbindlich fest. Sie determiniert die Rechtsbeziehungen zwischen den Beteiligten [204] und kann für Medianden und für Dritte unterschiedlich ausfallen²⁵⁸.

Mediationsabreden (MA)

[223] Im Laufe der Verhandlungen werden Einzelfragen hinsichtlich des Verfahrens auftreten. Auch sie sind von rechtlicher Relevanz und an juristischen Regeln zu messen. Gemeint sind notwendige Entscheidungen über die Ausgestaltung oder den weiteren Verlauf des Verfahrens. Sie betreffen Fragen der Terminierung, der Verhandlungsführung, der Wortführung oder der Verfahrensgestaltung im Einzelfall. Darunter fallen beispielsweise auch Fragen, ob Einzelgespräche geführt werden, welche Interventionen umzusetzen sind, ob und wie ergänzende Regeln einzuführen sind, ob das Verfahren ausgesetzt wird, usw. Auch wenn sich derartige Entscheidungen in der Praxis ohne weiteres aus dem Gesprächsverlauf ergeben, bedürfen sie einer rechtlichen Grundlage. Die verfahrenssteuernden Entscheidungen werden spätestens dann einer Prüfung unterzogen, wenn es um Fragen der Verantwortlichkeit und der Haftung geht [477]. Sie müssen mit der rechtlichen Systematik der Mediation ebenso im Einklang stehen, wie sie den psychologischen Anfor-

²⁵⁸ Ausführlich zu den Rechtsgrundlagen siehe *Trossen, Diedrich* (Mediationsvertrag)

derungen zu entsprechen haben, die das Verfahren an den Prozess stellt.

📄 Prozessführungsbefugnis definieren

[224] **Wenn der Mediationsvertrag keine Ermächtigung enthält, sind verfahrensbezogene Einzelfallregelungen ausschließlich durch Vereinbarungen zu rechtfertigen, die der Mediator im Einzelfall herbeizuführen hat.** Nicht zuletzt, um die mangelnde Dispositionsbefugnis des Mediators herauszustellen, werden die verfahrensbezogenen Einzelfallregelungen hier als Verfahrens- oder genauer als *Mediationsabsprachen* [432] bezeichnet. De facto ergänzen sie die MDV.

Mediationsabschlussvereinbarung (MAV)

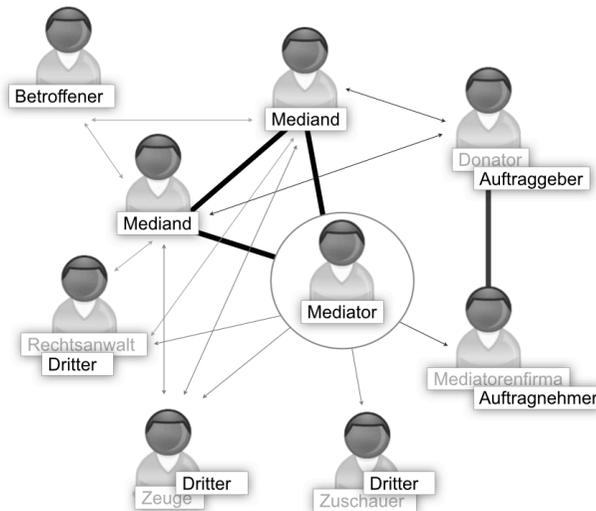
[225] Das Gesetz erwähnt in § 2 Abs. 6 die *Einigung*, die *Vereinbarung* und die *Abschlussvereinbarung* [457]. In allen Fällen ist die am Ende der Mediation zu treffende Einigung gemeint. Begrifflich scheint die Einigung den Lösungsansatz zu meinen, auf den sich die Parteien verständigt haben. Die Vereinbarung ist seine formulierte Fassung, während der Wortlaut des § 2 Abs. 6 es nahe legt, die Abschlussvereinbarung als die dokumentierte Vereinbarung zu verstehen. Allerdings verwendet die Begründung zum Gesetzesentwurf die Begriffe Einigung, Vereinbarung und Abschlussvereinbarung synonym. Dies ergibt sich aus der Formulierung: „Für den Fall, dass die Parteien in der Mediation eine Einigung erzielen, wird die schriftliche Dokumentation *einer solchen* Abschlussvereinbarung ... sinnvoll sein“²⁵⁹. Mithin wird die am En-

²⁵⁹ Begründung S. 24

de der Mediation getroffene Einigung entsprechend der gesetzlichen Vorgabe hier durchgängig und unabhängig von ihrer Dokumentation als Abschlussvereinbarung [432][457] und präziser als Mediationsabschlussvereinbarung (MAV) bezeichnet.

Die Notwendigkeit zur Koordination

[226] Es ist die Aufgabe des Mediators als Netzwerker nicht nur die zu den jeweiligen Rechtsverhältnissen passenden Personen, sondern auch deren prozessbezogene Einigungen im Blick zu haben, gegebenenfalls zusammenzuführen und aufeinander abzustimmen. Er hat darauf zu achten, dass die Parteien und Vertragspartner auch untereinander die erforderlichen Verträge abschließen und dass die Verträge bzw. die Vereinbarungen in ihrer Gesamtheit ein stimmiges Prozessrechtsverhältnis beschreiben.



[227] Die aufeinander abzustimmenden Rechtsbeziehungen und Vereinbarungen sind:

- Der Mediationsvertrag (MV) zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer [229]. Wenn Vertrags- und Prozessparteien auseinanderfallen, muss der Vertrag so ausgestaltet sein, dass eine Mediation möglich ist. Das bedeutet, dass evtl. Auftrags- oder Beschäftigungsverhältnisse zwischen Auftragnehmer und Mediatoren bzw. Auftraggeber und Medianden [698][140] die Prinzipien der Neutralität, der Unabhängigkeit, der Vertraulichkeit und der Freiwilligkeit garantieren müssen.
- Die Mediationsdurchführungsvereinbarung (MDV) zwischen den Prozessbeteiligten, mithin zwischen dem Mediator und den Medianden als zugelassene Verhandler bzw. den Medianden untereinander [407] regelt das Miteinander im Verfahren.
- Wenn Dritte beteiligt sind, ist die Mediationsdurchführungsvereinbarung (MDV) auf diese zu erstrecken. Die Rechtsbeziehungen zwischen den Medianden, den Vertragsparteien und den Dritten müssen daraufhin untersucht werden, ob und inwieweit z.B. eine Verschwiegenheitsverpflichtung und ein für die Parteien wirksamer Beweismittelverzicht zu vereinbaren ist [913].

[228] Es ist als ein Mediationsfehler anzusehen, wenn der Mediator die Koordination der Vereinbarungen unterlässt.

✎ Unterlassene Koordination der Vereinbarungen

Nachdem nun feststeht, dass sich die Mediation aus einer Summe von aufeinander abzustimmenden Vereinbarungen zusammensetzt, welche die Herbeiführung einer Vereinbarung zum Ziel haben, sollen die auszumachenden Einigungen, nämlich der Mediationsvertrag (MV), die Mediationsdurchführungsvereinbarung (MDV), die Verfahrensabsprachen (MA) und die Mediationsabschlussvereinbarung (MAV) juristisch näher beleuchtet werden.

Der Mediationsvertrag

[229] Die Regeln über das Vertragsrecht finden sich im BGB. Wäre die Mediation dort geregelt worden, wäre sie sicherlich als ein Nominatvertrag²⁶⁰, also als ein eigener Vertragstyp ausgestaltet worden. Als solcher könnten sowohl die Einigungsqualität, abgrenzend zum Kompromissvergleich²⁶¹ des § 779 BGB [724], wie die Voraussetzungen für das Zustandekommen einer Mediation weit- aus differenzierter und präziser geregelt sein als - wie geschehen - in einem vermeintlichen Verfahrensrecht [724]. Die materiell-rechtliche Bedeutung der Mediation träte in den Vordergrund. Vor allem wäre die Abgrenzung zwischen privaten und professionellen Mediationen erleichtert und dem Laien verdeutlicht. Ungleich wichtiger wäre die Botschaft, dass dem Kompromissvergleich des § 779 ein Konsensvergleich gegenüber gestellt wird,

²⁶⁰ Bezeichnung gesetzlich geregelte Verträge.

²⁶¹ *Trossen* (Kooperation)

um den für die Mediation sprechenden Unterschied auszuweisen²⁶².

☞ Mediation als Vertragstyp im BGB regeln

Die Rechtsgrundlagen

[230] Nachdem die Mediation zwar in einem eigenen, nicht jedoch in einem eigenständigen Gesetz verankert wurde, muss der Anwender auf vertragsrechtliche Grundlagen zurückgreifen, um den Rechtsgrund für eine Mediation verbindlich herstellen zu können.

Vertragsrecht

[231] Die den Rechtsgrund liefernden Regeln findet er im BGB. Nachdem die Mediation dort nicht als Nominatvertrag hinzugeführt wurde, muss der Jurist auf einen der vorhandenen Vertragstypen zurückgreifen, wenn er nach einschlägigen Vorschriften sucht. Von den vorhandenen Vertragstypen kommen die GdbR²⁶³, der Maklervertrag, der Dienstvertrag und der Geschäftsbesorgungsvertrag der Mediation am nächsten. Sie sollen im Nachfolgenden gegeneinander abgegrenzt werden.

Mediation als GdbR

[232] Bei dem Versuch, *alle* in der Mediation angesprochenen Rechtsbeziehungen in *einem* rechtlichen Akt zusammenzufassen, gibt es unterschiedliche Ansätze. In der Fachliteratur wird die Auffassung vertreten, dass der

²⁶² Die Tatsache, dass die Mediation nicht im BGB geregelt wurde, mag dem Umstand gezollt sein, dass der Gesetzgeber auch andere Rechtsgrundlagen für möglich gehalten hat.

²⁶³ Gesellschaft des bürgerlichen Rechts / BGB Gesellschaft

beiderseitige Wille der Streitparteien, mit Hilfe des Mediationsverfahrens einen zwischen ihnen bestehenden Konflikt zu bewältigen, eine gewisse Interessensübereinstimmung und eine Parallele zur Streitbeilegungsvereinbarung der Schiedsvereinbarung aufzeige. Weil sich zwei oder mehr Personen zur Förderung eines gemeinsamen Zwecks verbinden, wird in der Mediationsvereinbarung ein Gesellschaftsvertrag nach §§ 705 ff. BGB gesehen²⁶⁴. Mithin seien die Parteien des Mediationsverfahrens als Gesellschaft des Bürgerlichen Rechts miteinander verbunden. Verschiedene Vorschriften des Gesellschaftsrechts seien durch die Parteien der Mediationsvereinbarung regelmäßig jedoch abbedungen. Betroffen sei der Grundsatz der gemeinschaftlichen Geschäftsführung, die Vertretungsregeln, die *diligentia quam in suis*, die Auflösung der Gesellschaft im Todesfall, und bei Insolvenz. Das Konstrukt des Gesellschaftsvertrages erfordere eine teleologische Reduktion, wobei die Mediationsgesellschaft von dem BGB-Gesellschaftstypus, den der Gesetzgeber vor Augen hatte, abweiche. Zwar ist eine solche Abweichung im Gesellschaftsrecht durchaus zulässig. Allerdings bestehen äußerste Zweifel, ob und inwieweit dieser Vertragstyp mit dem Gedanken der Mediation im Einklang steht. Zur Annahme eines Gesellschaftsverhältnisses bedarf es eines von den Gesellschaftern verfolgten gemeinsamen Zweckes. Den Streitparteien werden Verhaltenspflichten auferlegt, die ihren Rechtsgrund nicht im Verfahren, sondern im Verhältnis zueinander finden lassen. Auch der Mediator, als die für das Verfahren verantwortliche Persönlichkeit, lässt sich im Gesellschafts-

²⁶⁴ Stürmer (Dissertation), S. 114 ff.

konstrukt nicht wiederfinden. Es wäre mit der Mediation kaum vereinbar, die Rolle des Mediators als Mitgesellschafter zu erklären. Der Mediator muss außerhalb des Streites stehen, damit er seine Aufgabe korrekt erfüllen kann. Anders als die Streitparteien hat der Mediator kein eigenes Interesse an der Konfliktbeilegung. Sein wohlverstandenes Interesse ist es *nicht* eine Vereinbarung herbeizuführen, sondern **den Medianden zu verhelfen, die notwendige Klarheit zu finden, damit sie selbst die passende Lösung finden können.**

[233] Die Annahme einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts mag die Rechtsbeziehung der Streitparteien zueinander erklären, nicht jedoch die Rechtsgrundlage für das Verfahren insgesamt. Es gibt weitere Beteiligte, die ihren Status kaum aus einem Gesellschaftsvertrag herleiten können. Die zu unterscheidenden Rechtsbeziehungen betreffen die Streitparteien, die Parteien des Mediationsvertrages, die Teilnehmer an der Mediation (Medianden), die nicht teilnehmenden weiteren Interessenbetroffenen [419] und nicht zuletzt die Dritten, welche am Verfahren teilnehmen. Dass sich die Streitparteien eigenständig und im Zusammenwirken für eine Mediation entscheiden, ist auch nicht immer der Fall. Denkbar ist auch, dass sich der Mediator bei den Medianden getrennt um deren Teilnahme am Verfahren bemüht, so dass besonders bei hoch streitigen Fällen wenigstens zum Beginn der Mediation kaum von einem Gemeinsamkeitsgefühl der Streitparteien auszugehen ist.

[234] Die Qualifikation der Rechtsbeziehung zwischen den Streitparteien allein ist weder geeignet noch in der Lage,

die Mediation in ihrem Rechtscharakter vollständig zu beschreiben. Dies gilt umso mehr als auch die im Streit befindliche vertragliche Beziehung der Streitparteien Rechte und Pflichten begründen kann, die auf das Verfahren ausstrahlen. In allen Dauerschuldverhältnissen gibt es Rücksichtnahme und Mitwirkungspflichten. Sei es dass sie aus PVV, CiC oder den familienrechtlichen Beziehungen abzuleiten sind. **Die Mediation ist kein Instrument der Rechtsverfolgung, allenfalls eines der Rechtsgestaltung.** Sie ist mit jeder anderen Vertragsverhandlung zu vergleichen, bei denen die Parteien versuchen, eine Vereinbarung herbeizuführen. Wie dort werden sie kaum annehmen, dass sie im Moment des Verhandeln eine BGB-Gesellschaft begründen, deren Ziel es ist, sich über den Vertragsgegenstand zu einigen. Anders als dort ist es den Verhandlungsparteien in einer Mediation durchaus wesentlich, dass der Prozess korrekt durchgeführt und eine prozessleitende Verantwortung übernommen wird.

Maklervertrag

[235] Die Mediation ist eine Form der Streitvermittlung [66]. Ein im BGB bereits vorzufindendes Vertragskonzept für Vermittlungen ist der Maklervertrag. Der Maklervertrag nach §§ 652 ff. BGB steht wenigstens begrifflich der Streitvermittlung nahe. Ein Maklervertrag ist der zwischen Auftraggeber und Makler geschlossene Vertrag, durch den sich der Auftraggeber dem Makler gegenüber zur Zahlung einer Vergütung für den Fall verpflichtet, dass ein Vertragsschluss mit einem Dritten (Hauptvertrag) auf Grund der (Nachweis- oder Vermittlungs-) Tä-

tigkeit des Maklers zustande kommt²⁶⁵. Der Vorhalt, die Mediation könne kein Maklervertrag sein, weil der Makler nur einseitig für eine der Parteien tätig werde, ist unzutreffend. Die Rechtsprechung kennt auch den Doppelmaklerauftrag²⁶⁶. Nach dem gesetzlichen Leitbild ist der Makler jedoch, anders als der Streitvermittler, zum Tätigwerden nicht verpflichtet. Er schuldet weder den Nachweis noch die Vermittlung eines Vertragsschlusses, nicht einmal die Bemühung darum. Die Vergütung ist ausschließlich erfolgsorientiert. Gelingt der Nachweis oder die Vermittlung, so entsteht der vereinbarte Lohnanspruch. Beim Maklervertrag handelt es sich nach herrschender Meinung um keinen gegenseitigen Vertrag, weil keine zueinander im Synallagma stehenden Hauptpflichten zu konstatieren sind²⁶⁷.

Dienstvertrag

[236] Der Mediator schuldet keinen Erfolg, und anders als der Makler kennt er das zu vermittelnde Objekt, also die Lösung, nicht einmal. Die Dienstleistung des Mediators konzentriert sich deshalb auf die Interaktion der Parteien. Für den Mediator kommt es darauf an, die Medianden zu befähigen, selbst eine Einigung zu erzielen. Hier steht also die Vermittlungstätigkeit im Vordergrund, nicht der Vermittlungserfolg. Die Leistung des Mediators ist demzufolge auch nicht erfolgsabhängig zu vergüten [351]. Der Mediationsvertrag steht in einer engeren Beziehung

²⁶⁵ *Jauernig* Vorbemerkungen zu §§ 652 ff BGB, Bürgerliches Gesetzbuch 14. Auflage 2011 Rn 1

²⁶⁶ BGH NJW 1968, 150

²⁶⁷ Wikipedia (Begriff), Maklervertrag

zum Dienstvertrag. Berücksichtigt man die besonderen Anforderungen aus dem Wesen der Mediation [39], ist der Mediationsvertrag allerdings auch kein reiner Dienstvertrag. **Die Vorschriften des Dienstvertragsrechts sind deshalb nur insoweit anzuwenden, soweit sie dem Wesen der Mediation nicht im Wege stehen.**

[237] Der Dienstvertrag unterscheidet sich vom Werkvertrag, indem ein Erfolg nicht geschuldet wird. Eine weitere Besonderheit liegt in der Weisungsungebundenheit des Mediators (§ 1 Abs. 2, Unabhängigkeit).

[238] Bei einem Rechtsanwalt wird die inhaltliche Gestaltung des Dienstverhältnisses durch die BORA einerseits und die Vorschriften des durchzuführenden Verfahrens andererseits verbindlich geregelt. Bei Mediatoren gibt es außer den Vorschriften im MediationsG und gegebenenfalls der Standards [195] keine normative Spezifikation ihrer Tätigkeit [173]. Der Mediator hat deshalb gewisse Freiheiten, seine zu erbringende Dienstleistung zu regulieren und zu umschreiben. **Vertragliche Grenzen bestehen dort, wo die Inhalte gegen das zwingende Recht verstoßen oder wo sie mit dem Wesen der Mediation nicht mehr verträglich sind.**

[239] Der Mediationsvertrag ist als ein Dauerschuldverhältnis angelegt. Ein Dauerschuldverhältnis ist ein Vertrag, der nicht durch einmaligen Austausch von Leistung und Gegenleistung (wie etwa beim Kaufvertrag) erfüllt wird, sondern durch ein dauerhaftes Verhalten oder wiederkehrende, sich über einen längeren Zeitraum erstreckende Einzelleistungen. Die Leistung kann aus ei-

nem fortlaufenden Tun, Dulden oder auch Unterlassen bestehen²⁶⁸. Die Vertragslaufzeit wird durch die Verfahrensdauer bestimmt. Als wesentliche Hauptleistungen stehen sich nach § 611 BGB die Leistung der versprochenen Dienste [341] und die Gewährung der vereinbarten Vergütung gegenüber. Wie bei Rechtsanwälten und anderen freien Berufen beschreibt das Dienstvertragsrecht den Leistungsaustausch nicht abschließend. Es kann durchaus passieren, dass die Verpflichtungen im Einzelfall über das reine Dienstvertragsrecht hinausgehen. Das ist z.B. der Fall, wenn die Leistungen eine Geschäftsbesorgung oder eine Verwahrung einbeziehen.

Geschäftsbesorgung

[240] Geschäftsbesorgungen sind in der Mediation nur eingeschränkt denkbar, wenn der Mediator die Parteien etwa bei der *Abwicklung* der Abschlussvereinbarung unterstützt, indem er Dokumente besorgt oder die Vollziehbarkeit vorbereitet. Keinesfalls kann es sich um eine Hauptleistungspflicht handeln. Die Abgrenzung zur Geschäftsbesorgung des Rechtsanwalts mag den Unterschied verdeutlichen. Nach h.M. in Rechtsprechung und Literatur²⁶⁹ kommt zwischen dem Mandanten und seinem Rechtsanwalt mit der Beauftragung regelmäßig ein Geschäftsbesorgungsvertrag nach § 675 BGB zustande. I.d.R. hat der Beratervertrag Dienstvertragscharakter und begründet die Verpflichtung des Anwalts zur selbständigen Besorgung einer Rechtsangelegenheit, für die an sich der Dienstgeber selbst zu sorgen hat (§§ 675

²⁶⁸ Zitat aus Wikipedia (Dauerschuldverhältnis)

²⁶⁹ *Palandt-Sprau*, § 675 Rn. 24, Einf. Vor § 611 Rn. 21.

i.V.m. 611 ff., 627 BGB). Der Anwalt hat ein qualifiziertes Fachwissen und ist im Rahmen seiner Geschäftsbesorgung regelmäßig für die *inhaltliche* Abwicklung des Geschäftes verantwortlich. Hierzu bedarf es der entsprechenden Handlungsspielräume (§§ 675, 665 BGB), die dann mit entsprechenden Auskunfts- und Rechenschaftspflichten (§§ 675, 666 BGB) konform gehen.

[241] In der Mediation gilt gerade nicht per se, dass der Mediator eine Angelegenheit der Medianden zu besorgen hat. Die Medianden kommen zur Mediation, weil sie ihre Angelegenheiten (ihren Konflikt) eigenverantwortlich regeln wollen. Sie erwarten (bei korrekter Verfahrenseinleitung) *nicht*, dass ein Dritter ihre Angelegenheiten regeln wird. Die Auffassung, dass es sich beim Mediationsvertrag um einen Geschäftsbesorgungsvertrag nach §§ 675 Abs. 1, 611 BGB handele²⁷⁰, ist deshalb bedenklich, solange keine geschäftsbesorgenden Elemente vereinbart sind. Die Beachtung des § 611 BGB ist jedoch in jedem Fall eine naheliegende Typisierung des Mediationsvertrages. Wie die Streitvermittlung in dem Rahmen konkret auszugestalten ist, obliegt den Umständen des Einzelfalles. Eine Geschäftsbesorgung kommt als vertragliche Nebenleistung in Betracht, wenn sie zur Sicherstellung der Mediation erforderlich ist und ein Auftrag i.S.d. § 662 BGB nicht in Betracht kommt.

□ Klare Trennung von Haupt- und Nebenleistungen

²⁷⁰ Jost, ZKM 6/2011 S. 168

Verwahrung

[242] Mitunter werden in der Mediation auch Dokumente und Unterlagen ausgehändigt, die der Mediator zu verwahren hat. Das Mediationsgesetz sieht hierfür keine Regelung vor. Deshalb sind, sofern der Mediationsvertrag ebenfalls keine Regelungen dazu enthält, die allgemeinen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches anzuwenden. Auch können berufsrechtliche Regelungen aus dem Berufstand des Grundberufes (z.B. §§ 7a, 18 BORA, §§ 9 ff MOB-Psyth, § 10 ff MOB-Ä) Einfluss nehmen.

[243] Der Verwahrungsvertrag ist in den §§ 688 ff. BGB geregelt. Der Verwahrer hat die ihm zur Verwahrung gegebene Sache aufzubewahren (§ 688 BGB). Hierbei hat er bei entgeltlicher Verwahrung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt (§§ 688, 276 BGB) zu beachten. Bei unentgeltlicher Verwahrung reicht die Sorgfalt, die der Verwahrer in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, aus (§ 690 BGB). Im Zweifel gilt eine entgeltliche Verwahrung als vereinbart (§ 689 BGB). Der Hinterleger kann die Sache jederzeit zurückfordern (§ 695 BGB).

[244] Das bedeutet, dass der Mediator, den nicht aus berufsrechtlichen Gründen seines Grundberufes besondere gesetzliche Sorgfaltspflichten treffen, bei der Entgegennahme und Verwahrung von Dokumenten grundsätzlich die im Verkehr übliche Sorgfalt zu beachten hat. Das Maß der erforderlichen Sorgfalt richtet sich nach den durchschnittlichen Anforderungen des in Betracht kommenden Verkehrskreises. Hierbei ist die tatsächliche Übung des Verkehrs zu berücksichtigen. Eingerissene Unsitten und Nachlässigkeiten entschuldigen nicht. Entschuldi-

gungsgründe in der Person des Einzelnen – seelische Belastung bei Krankheit Angehöriger, Unerfahrenheit einer Person, fehlende Übung – spielen keine Rolle. Was ist in diesem Zusammenhang der Verkehrskreis? Richtet er sich nach den vielfältigen Grundberufen der Mediatoren oder nach den Gepflogenheiten unter Mediatoren? Gepflogenheiten unter Mediatoren lassen sich mangels entsprechender Studien noch nicht feststellen. So ist derzeit darauf abzustellen, worauf der Mediant vertrauen darf. Der einzige Anhaltspunkt den der Mediant hat, ist der Grundberuf seines Mediators und die Mediationsvereinbarung. Um sicherzugehen sollte der Mediationsvertrag eine Klausel über die Entgegennahme und Verwahrung im Mediationsvertrag vorsehen.

☐ Verwahrung von Dokumenten

[245] Ein Anwalt wäre nach §§ 675, 666 BGB zivilrechtlich verpflichtet, dem Mandanten alles, was er zur Ausführung der Mediation erhält herauszugeben. Bei einem Rechtsanwalt beschränkt sich der Herausgabeanspruch nach § 50 III BRAO auf die Unterlagen, die der Rechtsanwalt aus Anlass seiner beruflichen Tätigkeit von dem Mandanten oder für ihn erhalten hat. Nicht umfasst wäre der Briefwechsel zwischen ihm und dem Mandanten. Ebenfalls nicht vom Herausgabeanspruch umfasst sind die Schriftstücke, die der Mandant bereits in Urschrift oder Abschrift erhalten hat. Hat der Mandant die Unterlagen verlegt oder vernichtet, lebt der Herausgabeanspruch nicht wieder auf.

[246] Weil der Mediator weder ein Interessenvertreter ist noch die Geschäfte anderer besorgt, ist der Herausgabe-

anspruch zu modifizieren. Der Mediator hat zu bedenken, dass er die Neutralität zu wahren hat und der Verschwiegenheitspflicht unterliegt. Einen Briefwechsel mit einzelnen Medianden mag er vermeiden. Findet er dennoch statt, dann wäre er wie ein Einzelgespräch zu behandeln. Er ist der Gegenseite zu offenbaren (§ 2 Abs. 3), ohne dass Inhalte preisgegeben werden, die der Mediand ihm als vertraulich überlassen hat [813].

✎ Mangelnde Offenlegung der Vorkorrespondenz

[247] Der Mediator hat darauf zu achten, dass bei der Aushändigung von Dokumenten - welcher Art auch immer - die Grundsätze der Mediation nicht verletzt werden. Er muss also darauf hinwirken, dass sie nicht dazu benutzt werden können, die Vertraulichkeit oder die Neutralität zu verletzen. Der Mediator ist deshalb gut beraten, wenn er schon bei der Entgegennahme von Unterlagen mit den Medianden die Frage der Aushändigung und gegebenenfalls der Rückgabe und Offenlegung klärt. Möglich ist es auch, eine entsprechende Vereinbarung im Mediationsvertrag bzw. der MDV aufzunehmen.

📄 Genehmigung für die Rückgabe von Unterlagen

[248] Besteht Streit über die Eigentümerschaft an einem streitbefangenen Dokument, kann er – falls der Streit in der Mediation nicht beigelegt werden konnte und die Fragen der Rechte an den Dokumenten ungeklärt geblieben sind, diese Fragen am besten mediiieren. Falls dies nicht möglich ist, kann er die Dokumente hinterlegen.

Hinterlegung

[249] In der Praxis wohl selten, aber dennoch möglich ist auch die Hinterlegung des Geldes oder von Dokumenten, worüber die Parteien streiten. Zur Hinterlegung ist ein Schuldner nach § 372 BGB berechtigt, wenn eine Ungewissheit über die Person des Gläubigers besteht oder er aus einem anderen in der Person des Gläubigers liegenden Grund seine Verbindlichkeit nicht oder nicht mit Sicherheit erfüllen kann. Der Mediator kann Dokumente mit dem Zweck der Hinterlegung annehmen. Dann kommt ein Verwahrungsvertrag zustande. Er kann keine Hinterlegung mit der Rechtsfolge einer Schuldbefreiung vornehmen lassen.

Systematik

[250] Das Reglement der Mediation lässt sich wie folgt aus der Nomenklatur ableiten:

- **Verfassung**
Das GG garantiert die Privatautonomie
- **Wesen der Mediation**
Die Eigenschaftsmerkmale der Mediation [39] sind zwar keine Rechtsquelle aber eine Art „Geschäftsgrundlage“, die bei Auslegungsfragen heranzuziehen ist.
- **MediationsG**
Das MediationsG etabliert das Verfahren und legt die Eckdaten fest, um eine größere Rechtssicherheit zu ermöglichen. Über das MediationsG werden Prinzipien der Mediation etabliert und Eigenschaften festgelegt.

- **Vertragsrecht (BGB)**
Das BGB oder Spezialgesetze werden zur Regelung des Vertragsrechts herangezogen. Das Dienstvertragsrecht § 611 BGB kommt der Mediation am nächsten.
- **Vertrag (Causa)**
Erst der individuelle Mediationsvertrag legt die Konditionen und Arbeitsbedingungen des Mediators fest. Die Vertragsparteien können von den Prozessparteien abweichen.
- **Standards (Erweiterungen)**
Standards und Mediationsordnungen müssen vertraglich vereinbart werden. Sie stehen deshalb im Rang unterhalb des MV. Wenn sie vertraglich vereinbart sind, gehen sie der MDV vor. In den paranormativen Regelungen werden weitere, über das Gesetz hinausgehende Prinzipien festgelegt, die durch die MDV weiterhin spezifiziert und variiert werden können.
- **Vertrag (MDV)**
Die Verfahrensvorschriften ergeben sich aus der MDV. Die Prozessparteien vereinbaren die Verfahrensbedingungen und legen die Regeln zur Durchführung des Verfahrens mit allen Verfahrensbeteiligten fest.

[251] Die rechtliche Prüfung erfolgt in der vorstehenden Auflistung von „unten nach oben“. Die in der Mediation durchgeführten Handlungen und Entscheidungen müssen sich an der MDV ausrichten lassen. Die MDV definiert den Handlungsrahmen in dem Rechte und Pflichten im Verfahren begründet werden. Sie spezifiziert die Prinzi-

pien der Mediation. Die MDV ist an der Causa zu messen. Die Causa ist der Rechtsgrund, über den Rechte und Pflichten begründet und ausgelöst werden. Sie muss sich am Vertragsrecht messen lassen. Das Vertragsrecht wiederum wird durch das MediationsG beeinflusst, das sich an der Verfassung und dem Wesen der Mediation [39] orientiert. **Das Wesen der Mediation ist der zentrale Dreh- und Angelpunkt, wenn es um die Rechtmäßigkeit mediativen Verhaltens geht.**

Abgrenzungen

[252] Die Zuordnung der Mediation in ein Kontinuum der Streitbeilegung [101] hat gezeigt, dass es Überschneidungen mit anderen Verfahren geben kann. In der Praxis sind die Grenzen fließend. Die evaluative Mediation [83] nähert sich den juristischen Verfahren. Die transformative Mediation [94] nähert sich den therapeutischen Verfahren zur Konfliktbeilegung an. Ein Mediator, der die erforderliche Fachkompetenz besitzt, wird versucht sein, diese Kompetenz als Leistungsmerkmal und zur Abrundung der Mediation anzubieten. Es hilft dem Mediator, wenn er seine Dienstleistung genau abzugrenzen weiß.

Abgrenzung zur Beratung

[253] Zuvor wurde die Mediation gegen die Verfahren der triadischen Phase, wie z.B. die Schlichtung oder die Moderation, abgegrenzt [64]. Jetzt geht es um die Abgrenzung zu den so genannten dyadischen Verfahren. In die Kategorie der dyadischen Verfahren fällt zum Beispiel die (Einzel-) Beratung. Dyadische Verfahren unterliegen einem anderen Verfahrenstyp. Schon deshalb bestehen

Bedenken gegen die Kompatibilität zur Mediation. Die Ausführungen zum Verfahrenswechsel [70] gelten im Verhältnis der triadischen zu den dyadischen Verfahren nicht ohne weiteres²⁷¹. § 3 verhindert den Verfahrenswechsel in ein dyadisches Verfahren sogar mit einem absoluten Tätigkeitsverbot. In der Begründung des Gesetzesentwurfs wird sogar ausgeführt, dass eine konkrete rechtliche Beratung über die dem Konflikt zugrundeliegenden Rechtsfragen nicht erfolgen dürfe²⁷². Worauf dieses Verbot gründen soll, wurde nicht erwähnt. Es lässt sich allerdings aus dem Wesen der Mediation [39] herleiten und findet sich im Prinzip der Indetermination wieder [706]. Auffällig ist, dass der Gesetzgeber es zwar für notwendig hielt, die fehlende Entscheidungsbefugnis des Mediators [706] in § 1 Abs. 2 explizit herauszustellen, nicht jedoch seine fehlende Beratungsbefugnis. Möglicherweise konzidiert er die Übung der Praxis²⁷³, wo beratende Elemente nicht zwingend mit der Mediation kollidieren [262]. Dennoch gibt es Grenzen, die es markieren gilt.

✍ Beratungsverbot spezifizieren

[254] Auch wenn die Mediation definitiv *keine* Beratung darstellt, kann es im Einzelfall zu Überschneidungen kommen [533][534][281]. Impliziert nicht die Verfahrensführung i.S.d. § 1 Abs. 2 wenigstens eine *auf das Ver-*

²⁷¹ Integrierte Mediation hat eine Migrationsstrategie entwickelt, die den Wechsel und die Schnittstellen der Verfahren zueinander beschreibt. Siehe Trossen (Mediation visionär)

²⁷² BT-Drucksache 17/5335, S. 10

²⁷³ Greger in Greger/Unberath Teil 2 § 1 Rdnr. 74ff.

fahren bezogene Beratung? Der Mediator mag dies im MV herausstellen.

▮ Verfahrensberatung erlauben

[255] Dass *im Zusammenhang mit* der Mediation grundsätzlich eine Beratung vorzuhalten ist, bedarf keiner Frage. § 2 Abs. 6 stellt sogar in besonderer Weise heraus, dass eine *begleitende* Beratung nicht nur zulässig, sondern gegebenenfalls auch notwendig ist. Die korrekt formulierte Frage lautet also nicht, *ob* eine Beratung zulässig sei. Sie lautet, ob und inwieweit *der Mediator* als Prozessmanager zuständig sein darf, die erforderlichen Beratungsleistungen selbst zu erbringen. **Weil die Mediation in erster Linie ein Prozessmanagement ist, hat der Mediator dafür zu sorgen, dass die Leistungen erbracht werden, ohne sie selbst erbringen zu müssen.** Er mag mit einem Dirigenten verglichen werden, der die korrekten Einsätze in einem Musikvortrag vorgibt, ohne die Instrumente selbst zu spielen. Die Frage nach der Zulässigkeit der Beratung in der Mediation wäre in dieser Metapher vergleichbar mit der Frage, ob der Dirigent gegebenenfalls einspringen kann, wenn die Posaune ausfällt. Eindeutig zu verneinen ist die Frage, wenn das Orchester dadurch seinen Dirigenten verliert. Auf die Mediation bezogen ist das der Fall, wenn der Mediator in die *Rolle* eines Beraters gerät und als solcher angesehen wird. Dann ist zu erwarten, dass die Parteien sich verstärkt am Votum des Mediators orientieren. Das grundsätzliche Beratungsverbot des Mediators ist aus der Sorge gerechtfertigt, dass das Kommunikationsverhalten sowie das Denken der Medianden die Mediation schlei-

chend in eine Schlichtung verwandeln könnte. Wenn sich die Medianden an den Bewertungen des neutralen Dritten orientieren, entsteht ein von der Mediation abweichendes Kommunikationsmodell [74]. Bei einer derartigen Wesensbeeinträchtigung führt die Beratung stets zu einem gravierenden Mediationsfehler.

✎ Wesensverändernde Beratung durchgeführt

[256] Nachdem jede *wesensverändernde* Beratung als unzulässig festzustellen ist, verbleibt die Frage, ob und inwieweit die Beratung als eine *einzelne* Intervention zulässig sein kann. Im Verlauf der Mediation gibt es immer wieder Gelegenheiten, in denen der Mediator sowohl versucht ist, Entscheidungen zu treffen, wie auch zu evaluieren und Ratschläge zu erteilen. Der apodiktische Lehrsatz, wonach der Mediator nicht evaluieren²⁷⁴ darf, verbietet *jegliche* Beratung. Er wird der Praxis nicht gerecht [83][524][525]. Die Irritation kommt mit Literaturmeinungen²⁷⁵ auf, die kein Problem darin sehen, wenn der Mediator rechtliche oder tatsächliche Lösungsoptionen in das Gespräch einbringt. Um die zulässige von der unzulässigen Beratung abzugrenzen, bedarf es der Auseinandersetzung, was Beratung überhaupt ist.

[257] Ganz allgemein beschreibt die Beratung die Erteilung eines Rates oder von Ratschlägen²⁷⁶. Beratung unterscheidet also nicht zwischen einer einzelnen oder mehreren Interventionen. Beides kann Beratung sein. Ein Rat ist die *Empfehlung*, die der Berater aufgrund eigener

²⁷⁴ Greger in Greger/Unberath Teil II § 2 Rdnr. 174 ff.

²⁷⁵ Greger in Greger/Unberath Teil I § 1 Rdnr. 74

²⁷⁶ Duden (Rat)

Erfahrungen und Kenntnisse geben kann²⁷⁷. **Beratung ist stets evaluativ.** Sie setzt *eigene* Bewertungen und *verbindliche* Einschätzungen des Beraters voraus. Sie ist lösungsfokussiert, weil sie meist ein bestimmtes Verhalten erwartet. Die Begründung des Regierungsentwurfs zum Mediationsgesetz beschreibt den unerwünschten Effekt. Sie besagt, die Grenze zur Beratung sei überschritten, wenn der Mediator "einen *konkreten Einfluss auf die Entscheidung* der Parteien nimmt". Präziser wäre es, von der Lösungsfindung zu sprechen. Mit „Entscheidung“ ist die MAV gemeint.

[258] Kriterien für die genaue Festlegung dieser Grenze ergeben die Prinzipien der Mediation. Betroffen sind das Prinzip der fehlenden Beeinflussung [706] sowie das Prinzip der Ergebnisoffenheit [740]; gegebenenfalls auch der Grundsatz der Neutralität. Das Prinzip der Eigenverantwortlichkeit muss nicht in Frage stehen. Auch bei einer Beratung haben die Beratenen das letzte Wort. Eine Beratung kann dies berücksichtigen. Der Berater nimmt ihnen nicht die Verantwortung ab, wenn er Entscheidungshilfen gibt. Er übernimmt auch nicht ohne weiteres eine *Entscheidungs-* aber stets eine *Informationsverantwortung*. Mit der Eigenverantwortlichkeit korrespondiert das Prinzip der nicht-determinierenden Sachbeteiligung [706]. Wenn der Mediator sich auf inhaltliche Fragen mit eigenen Meinungsbildern einlässt, besteht die Gefahr, dass die Parteien versuchen, ihn als Meinungsgeber zu instrumentalisieren. Ganz zu schweigen davon, dass sich *alle* Mediatoren in seiner Meinung wiederfinden müssen.

²⁷⁷ Duden (Begriff), Beratung

Unter dieser Voraussetzung ist eine Beratung durchaus mit dem Grundsatz der Neutralität in Einklang zu bringen. Gravierend ist die Kollision mit dem Grundsatz der Ergebnisoffenheit. Sie betrifft nicht nur die Medianden, sondern auch den Mediator selbst. In jedem Fall ist Vorsicht und Zurückhaltung geboten, besonders bei wenig erfahrenen Mediatoren. Die Grenzen sind nicht immer eindeutig zu ziehen. Jedoch lässt sich zusammenfassend die folgende Formel aufstellen: **Eine Beratung ist in der Mediation möglich, soweit sie im Verfahren veranlasst ist, den Prinzipien [38] entspricht und insb. nicht das Kommunikationsmodell der Mediation [74], also ihr Wesen verändert.**

[259] Im Grunde gibt eine professionell durchgeführte Mediation *keinen* Anlass, den Parteien irgendetwas zu empfehlen. Nicht einmal dann, wenn es um die Inanspruchnahme der Mediation selbst geht. Ein versierter Mediator zeichnet sich dadurch aus, dass er wert- und meinungsfrei entgegennimmt, was die Parteien zu sagen haben. Er verhilft den Medianden allein mit der Technik des präzisen Zuhörens zu den notwendigen Erkenntnissen²⁷⁸. Die Technik des Erklärens genügt ihm, wenn es darum geht, Informationen einzuführen. Anstatt zu empfehlen, wirft er Fragen auf. Er überlässt es den Medianden, wie sie zu beantworten sind. Er gibt keine Antworten vor, hilft jedoch dabei, die richtigen Antworten zu finden.

✎ Empfehlungen

²⁷⁸ Trossen (präzises Zuhören)

Abgrenzung zur Ehe- und Familienberatung

[260] Mediation ist keine Eheberatung, aber gut geeignet, wenn es um die Klärung der Frage geht, ob eine Ehebeziehung fortgesetzt werden soll oder nicht. Der Gesetzgeber scheint diese Möglichkeit in seinem Verständnis von Mediation zu übersehen [307][1095]. Möglicherweise deshalb, weil hier keine widerstreitenden Positionen in einem sozialen Konflikt gegenüberstehen, sondern offene Fragen²⁷⁹. Die Mediation ist ein Prozess, der nach Lösungen sucht. Er ist auch ohne Beratungsanteile gut geeignet, den Parteien zu einer Klarheit über ihre Lage und die Chance und Bereitschaft zur Aufrechterhaltung der Beziehung, mithin auch zur Lösung innerer Konflikte zu verhelfen. Wenn das Ergebnis der Mediation lautet, dass die Parteien ihre Beziehung fortsetzen wollen, dann mag ihre Befähigung dazu in eine Beratung oder ein Coaching münden, das an die Mediation angehängt werden mag. Der Gesetzgeber sieht in der Paarberatung und der Mediation übrigens einen Übergang zweier Dienstleistungen, die kein absolutes Tätigkeitsverbot auslösen [870], auch nicht, wenn Berater und Mediator personenidentisch sind²⁸⁰. Im Gesetz hat er dies jedoch nicht zum Ausdruck gebracht.

[261] Herausfordernd ist die Grenzziehung zu der Mediation in Familienberatungsstellen und in Jugendämtern²⁸¹. Praxiserfahrungen mit Mediation in der öffentlichen Kinder- und Jugendhilfe zeigen jedenfalls, dass die Medi-

²⁷⁹ Die Annahme, dass sich widerstreitende Positionen eines inneren Konfliktes gegenüberstehen ist damit nicht wiederlegt.

²⁸⁰ Begründung S. 24

²⁸¹ Tillmanns (SGB VIII § 17)

ation dort erfolgreich ein- und umgesetzt werden kann²⁸². SGB VIII § 17 verpflichtet die Jugendämter zur *Beratung*. Das ist keine Mediation. Absatz zwei dieser Vorschrift führt allerdings aus: „Im Fall der Trennung oder Scheidung sind Eltern unter angemessener Beteiligung des betroffenen Kindes oder Jugendlichen bei der Entwicklung eines einvernehmlichen Konzepts für die Wahrnehmung der elterlichen Sorge zu *unterstützen*“. Hier wird offen gelassen, wie diese Unterstützung zu erfolgen hat. Eine Mediation ist nicht ausgeschlossen. Problematisch ist sie jedoch dann, wenn es um monetäre Fragen geht, wie z.B. Ehegattenunterhalt oder die Vermögensteilung. Diese Form der Unterstützung geht über den Auftrag des SGB VIII § 17 Abs. 2 hinaus. Dort ist lediglich davon die Rede, dass die Eltern „... bei der Entwicklung eines einvernehmlichen *Konzepts für die Wahrnehmung der elterlichen Sorge und der elterlichen Verantwortung* zu unterstützen ...“²⁸³ seien. Demgegenüber wird die Meinung vertreten, die Jugendämter seien wegen SGB VIII § 17 Abs. 2 sogar zur Mediation verpflichtet²⁸⁴. Lediglich die Frage der Anwendbarkeit des MediationsG [746] wird in diesen Fällen nicht einheitlich beantwortet²⁸⁵. Nach der hier vertretenen Auffassung kommt es darauf an, ob und inwieweit das Arbeits- und Dienstverhältnis eine Mediation erlaubt, und ob und inwieweit der Mediator in der Lage ist, eine MDV [407] abzuschließen, die eine Mediation ermöglicht.

²⁸² *Trenczek* (2009)

²⁸³ SGB VIII § 17 Abs. 2

²⁸⁴ *Hohmann* (2001), S. 34

²⁸⁵ *Greger* in *Greger/Unberath* Teil 2, § 1 Rdnr. 72, 52

✍ Grenzen und Umfang der Mediation im SGB

Abgrenzung zur Rechtsdienstleistung

[262] Auch wenn die Begründung des Gesetzesentwurfs das Verbot einer *konkreten*, rechtlichen Beratung über die dem Konflikt zugrundeliegenden Rechtsfragen erwähnt²⁸⁶, wird in der Literatur die Auffassung²⁸⁷ vertreten, dass eine Rechtsberatung in der Mediation durchaus zulässig sei. Eine differenzierte Betrachtung mag die Grenzen ausloten. Der rechtliche Beratungsbedarf kann in Fragen zum Verfahren, zur Lösungsfindung, zur Lösungsgestaltung und zur Lösungssicherung aufgeteilt werden.

[263] Eine **Rechtsberatung über das Verfahren** und Verfahrensfragen ist stets zulässig. Dazu gehören auch die Fragen zur Lösungssicherung, mithin zur Vollstreckbarkeit und Vollstreckung. Die zulässige und notwendige Verfahrensberatung schließt eine Rechtsberatung ein. Selbstverständlich muss der Mediator in der Lage sein, alle Fragen zur Durchführbarkeit des Verfahrens, seiner Verbindlichkeit, zur Geeignetheit [763] und Zulässigkeit beantworten, um Entscheidungshilfen zu geben und verfahrensbezogene Entscheidungen zu ermöglichen. Die Zulässigkeit hinsichtlich der Rechtsauskünfte ergibt sich aus § 5 Abs. 1 RDG [276]. Es handelt sich nicht um Rechtsfragen, die dem Konflikt zugrunde liegen. Grenzwertig ist demnach lediglich die Beurteilung der Rechtslage *außerhalb* der Mediation, soweit sie Auswirkungen

²⁸⁶ BT-Drucksache 17/5335, S. 10

²⁸⁷ Greger in Greger/Unberath Teil 2 § 1 Rdnr. 74ff.

auf die Entscheidung für oder gegen die Mediation hat. Betroffen sind Fragen der Erfolgsaussicht und der Durchsetzbarkeit von Ansprüchen. Sie sind wie die WATNA/BATNA Instanz zu behandeln und erfordern, wenn sie über allgemeine Rechtsinformationen hinausgehen, eine parteiliche Beratung.

[264] Problematisch ist jede Form des Rechtsbeistandes bei der **Lösungsfindung**, mithin in Phase drei. In der Mediation entwickelt sich die Lösung aus den Bedürfnissen, Interessen und Motiven nicht aus den Rechtsfolgen einer Norm oder eines Sachverhaltes. Hier legen die Mediationsregeln [488] größte Zurückhaltung nahe. In der Gesetzesbegründung ist sogar von einem Verbot die Rede²⁸⁸. Natürlich neigen juristische Autoren dazu, den Rechtsfragen in der Mediation einen besonderen Stellenwert einzuräumen. Immerhin, so argumentieren sie, ziele die Mediation auf die Neubegründung und Neuformulierung der wechselseitigen Rechte und Pflichten für die Zukunft ab. Wenn weiterhin angenommen wird, die Mediation sei "eine im Einzelfall angewandte Methode auf dem Weg hin zur vertraglichen Vereinbarung dieser Rechte und Pflichten"²⁸⁹, entsteht der Eindruck, als sei die Mediation nicht mehr als ein anderes juristisches Mittel zum Zweck. Die Vorstellung geht weit an dem vorbei, was Mediation ist. Zwar führt die Mediation im Ergebnis zu einer Rechtsgestaltung. Trotzdem ist die Neuformulierung von Rechten und Pflichten *nicht* ihr erklärtes Ziel. Sie ist ihre mögliche *Folge*. Genauso, wie die Heilung (et-

²⁸⁸ BT-Drucksache 17/5335, S. 10

²⁸⁹ Henssler, NJW 2003, 241, 242

wa von Beziehungen) kein erklärtes Ziel der Mediation ist, aber ebenfalls eine mögliche Folge [260]. **Das Ziel der Mediation ist das Finden einer Lösung.** Wenn die gefundene Lösung eine juristische Verklausulierung erfordert, dann ist die Rechtsgestaltung eine Konsequenz und nicht das eigentliche Ziel eines ergebnisoffenen Verfahrens. Viele Mediationen enden in Einigungen, die *keiner* juristischen Umsetzung bedürfen. Das juristische Ergebnis ist somit *kein* Wesensmerkmal [39] der Mediation. Trotzdem muss das Ergebnis, wie es auch immer ausfallen mag, dem Recht entsprechen. Insoweit kann eine juristische Beratung geboten sein. Mit der hier vertretenen Auffassung verschiebt sich der juristische Fokus in ein mediatives Verständnis. Die Annahme, wonach eine Mediationstätigkeit (also das Suchen nach einer Lösung) ohne juristische *Steuerung* der Beteiligten nicht effektiv sei²⁹⁰, verkehrt sich in ihr Gegenteil. Anders als das Recht leitet die Mediation die Lösung aus einem von den Parteien zu entwickelnden, nutzenorientierten Idealbild der Zukunft her und nicht aus einem in der Vergangenheit liegenden Sachverhalt und der diesem zugeordneten Rechtsfolge. Mediatoren kennen Fälle, in denen die Ausrichtung am Recht den Lösungsrahmen eher einengt und die Parteien daran *hindert*, eine ihren Bedürfnissen entsprechende Lösung zu finden. Die Neigung der Juristen *gezielt* Lösungen anzusteuern, ist eines ihrer größten Handicaps in der Mediation²⁹¹. **Aus der Sicht des Media-**

²⁹⁰ Henssler, NJW 2003, 243

²⁹¹ Siehe Braune (Erfahrungsbericht). Er deckt sich mit den Erfahrungen des Herausgebers als Ausbilder. Es ist eine Herausforderung in der Ausbildung von Rechtsanwälten, sie vom juristi-

tors besteht die Aufgabe des Rechts lediglich darin, die Umsetzung der *gefundenen Lösung zu ermöglichen, nicht darin, die Lösung zu finden.* Die Lösungsfindung ist grundsätzlich *keine* Angelegenheit des Rechts. Sie sollte der Mediation vorbehalten bleiben. Trotzdem gibt es in der Mediation auch Fälle, bei denen das Recht auch die Lösungsfindung beeinflusst. Beispielsweise wenn der aus den Positionen gebildete rechtliche Lösungsrahmen als Entscheidungsrahmen vorzugeben ist, oder wenn die Parteien vereinbaren, der gesetzlich *vorgegebenen* Lösung zu folgen. Das ist der Fall, wenn sie eine evaluative Mediation [83] durchführen möchten, etwa wenn ein anderes Mediationsmodell [77] nicht (mehr) durchführbar ist.

[265] Von den Fragen der Lösungsfindung sind die Fragen der **Lösungsbewertung** zu unterscheiden. Soweit Rechtsfragen die Fälle der Ergebnisbewertung abdecken, werden sie in der WATNA/BATNA Etappe zur Diskussion gestellt. Sie betreffen echte, parteiliche Beratungsinhalte und können deshalb nur außerhalb der Mediation geleistet werden. Es wird oft als ein Ausstiegsszenario der Mediation beschrieben, wenn die rechtliche Bewertung auch nur einer Partei zu der Erkenntnis führt, dass sie mit einem Gerichtsurteil (oder der Geltendmachung ihrer Positionen vor Gericht) ein besseres Ergebnis zu erzielen vermag. Die Beantwortung dieser Fragen wirkt sich unmittelbar auf die Lösungsfindung und die Gestaltung der Lösung aus. Eine gebotene Rechtsberatung be-

schen Denken zu lösen, ohne das rechtliche Denken zu verhindern.

zieht sich auf die Ergebnisbewertung. Sie ist unverzichtbar und gegebenenfalls durch den gesetzlich vorgeschriebenen Beratungshinweis nachzuweisen.

[266] Einer Rechtsberatung bedarf es mitunter, wenn es um die **Lösungsgestaltung** geht. Gemeint ist die rechtlich korrekte, vertragliche Formulierung der gefundenen Lösung. Diese Form der Ergebnisberatung wird innerhalb der Mediation für möglich gehalten. *Mähler* unterscheidet zwischen der Willensberatung und der Vertragsberatung²⁹². Auch nach der hier vertretenen Auffassung stellt die Hilfe bei der Abfassung der Abschlussvereinbarung einen Teil der geschuldeten Dienstleistung dar [718]. Es bleibt allerdings fraglich, ob die Lösungsgestaltung mit einer über Rechtsinformationen hinausgehenden Rechtsberatung zu verbinden ist.

[267] **Was das Mediationsrecht einfordert, sollte nicht vom Anwaltsrecht limitiert werden.** Angesprochen sind die Fälle der Lösungsgestaltung, denn sie sind die einzigen, wo eine mit dem RDG kollidierende Rechtsberatung denkbar ist. Weil sich der Mediator bei der Formulierung der Abschlussvereinbarung nur bedingt zurückhalten kann, sorgten die Urteile des LG²⁹³ und später des OLG Rostock²⁹⁴ einst für Irritationen. Dort war schon die schriftliche Abfassung (Protokollierung) der Mediationsabschlussvereinbarung als Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten angesehen worden. Sie wurde dem nicht-anwaltlichen Mediator schlicht verboten. Eine

²⁹² *Mähler* in Haft/Schlieffen (Handbuch Mediation), § 36 Rdnr. 109

²⁹³ LG Rostock 5 O 67/00 vom 11.08.2000

²⁹⁴ OLG Rostock, 2 U 58/00 vom 20.6.2001

solche Handhabung würde die Mediation durch Nicht-Anwälte verdrängen. Die Mediatoren hatten sich damals beholfen, indem sie die Abschlussvereinbarung nicht als solche, sondern als Memorandum bezeichneten. Sie wollten jeglichen Eindruck vermeiden, die Abschlussvereinbarung könnte eine rechtliche Qualität besitzen.

[268] Die *Besorgung einer fremden Rechtsangelegenheit* soll dem Anwalt vorbehalten sein. So lautet der Grundsatz. Für eine Rechtsbesorgung genüge bereits jede Tätigkeit, durch die fremde Rechtsangelegenheiten unmittelbar gefördert werden. So lauten die Ausführungen, die auch die vergleichsweise Erledigung einer geltend gemachten Forderung unter die Rechtsbesorgung subsumieren²⁹⁵. Zu einem ähnlichen Ergebnis kommt das Urteil des LG Hamburg vom 29. 2. 2000²⁹⁶. Inzwischen wurde das Rechtsberatungsgesetz durch das Rechtsdienstleistungsgesetz (RDG) vom 12.12.2007 ersetzt²⁹⁷. Die Nicht-Anwälten verbotene Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten wurde durch den Begriff der *Rechtsdienstleistung* überholt²⁹⁸. Die Rechtsdienstleistung ist mit wenigen Ausnahmen noch immer der Rechtsanwaltschaft vorbehalten. Eine Mediation durch Nicht-Anwälte ist also auch weiterhin nur möglich, wenn und soweit es sich *nicht* um eine Rechtsdienstleistung handelt.

²⁹⁵ *Rennen/Caliebe*, § 1 Rn. 24 m.w.N.

²⁹⁶ LG Hamburg, NJW-RR 2000, 1514

²⁹⁷ RDG vom 12.12.2007 (BGBl. I S. 2840), in Kraft getreten am 18.12.2007

²⁹⁸ BT-Drucks. 16/3655, S. 1

[269] Nach § 1 RDG und den in der Rechtsprechung entwickelten Merkmalen ist Rechtsdienstleistung jede Tätigkeit in konkreten fremden Angelegenheiten, *sobald sie nach der Verkehrsanschauung oder der erkennbaren Erwartung des Rechtsuchenden eine besondere rechtliche Prüfung des Einzelfalls erfordert*²⁹⁹. Der Zweck des Rechtsdienstleistungsgesetzes (RDG) ist gem. § 1 I 2 RDG, die Rechtsuchenden, den Rechtsverkehr und die Rechtsordnung vor unqualifizierten Rechtsdienstleistungen zu schützen. Nach § 3 RDG ist die selbständige Erbringung außergerichtlicher Rechtsdienstleistungen nur in dem gesetzlich geregelten Umfang zulässig. § 2 Abs. 3 Nr. 4 RDG stellt klar, dass die Mediation ebenso wie die Tätigkeit der Einigungs- und Schlichtungsstellen sowie der Schiedsrichter, *nicht* zu den Rechtsdienstleistungen zählt. Damit haben sich die mit den Urteilen von Rostock und Hamburg aufgeworfenen Fragen zumindest teilweise erledigt. Ob die Mediation nun eine Rechtsbesorgung darstellt oder nicht, mag dahingestellt bleiben. Sie unterfällt jedenfalls nicht dem RDG. Zumindest nicht auf den ersten Blick. Der zweite Blick lenkt auf die Einschränkung des § 2 Abs. 3 Ziff. 4 RDG. Danach ist die Mediation nur dann keine Rechtsdienstleistung, „... sofern die Tätigkeit (des Mediators) nicht durch rechtliche Regelungsvorschläge in die Gespräche der Beteiligten eingreift“. Mit dieser Einschränkung gehe der Wortlaut der Vorschriften des RDG kaum noch über das hinaus, was seit ehedem aus dem RBerG bekannt gewesen sei, lautet die berechnete

²⁹⁹ BT-Drucks. 16/6634 S. 5

Kritik³⁰⁰. Tatsächlich ergibt sich aus der Anwendung des § 2 Abs. 3 Ziff. 4 RDG eine nicht nachvollziehbare anwaltsfreundliche Unterscheidung zwischen Mediationen, bei denen ein Mediator durch rechtliche Regelungsvorschläge in die Gespräche eingreift und solchen, bei denen er auf derartige Eingriffe verzichtet.

[270] **Alles dreht sich um die Frage was rechtliche Regelungsvorschläge sind und inwieweit sie in der Mediation vorkommen dürfen oder müssen.** Wissend um die Nähe der Mediation zum Recht kann davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber die mit Mediation einhergehende Rechtsbesorgung mit der Einführung des RDG grundsätzlich erlaubt hat. Indem er rechtlich gestaltende Eingriffe ausgenommen hat, besteht wieder ein Erlaubniszwang. Er kann für die Mediation nicht erteilt werden³⁰¹, sodass § 2 Abs. 3 Ziff. 4 RDG als ein unausweichliches Verbot der Rechtsberatung durch Nicht-Anwälte in der Mediation anzusehen ist.

✍️ Einschränkung in § 2 RDG aufheben

[271] Die Grenze zwischen erlaubter und nicht erlaubter Rechtsbesorgung in der Mediation hat die Delegiertenkonferenz des Bundesverbandes Deutscher Psychologen mit der folgenden Formel³⁰², auf den Punkt gebracht: **Der Mediator erteilt zwar keine Rechtsberatung, Rechtsauskünfte sind jedoch möglich.** Wo aber ist die Grenze zwischen Auskunft und Beratung? Ist es Rechts-

³⁰⁰ Römermann, NJW 2008, 1249

³⁰¹ Vgl. Hennsler, NJW 2003, 241, 242

³⁰² Bericht in Report Psychologie [26] 7/2001 = <http://www.bdp-verband.org/html/aktuell/politik/politik6.html> abgelesen am 3.3.2013, Hennsler, NJW 2003, 241, 242

beratung, wenn der Mediator bei der Abfassung der Abschlussvereinbarung darauf hinweist, dass man auch an die Verjährung denken sollte? Ist es Rechtsberatung, wenn er herausstellt, dass die geplante Vereinbarung (etwa der Verzicht auf Kindesunterhalt) in unserem Rechtssystem nicht zulässig sei? Darf er sagen, dass es ratsam sei, einen Fälligkeitstag anzugeben, wenn eine monatliche Ratenzahlung vereinbart wird? Sollte er sehenden Auges die Parteien in eine unwirksame Vereinbarung entlassen? Ist es Rechtsberatung, wenn er salvatorische Klauseln vorschlägt, wie etwa eine Mediationsklausel oder wenn er bei der Formulierung der Vereinbarung auf die Bestimmtheit achtet? Wenn der Mediator bei diesen Fragen einen Maulkorb erhält, müsste er eine juristische Ausbildung absolvieren, allein um entscheiden zu können, was er alles *nicht* ansprechen darf. Die Begründung der Bundesregierung³⁰³ zu § 2 Abs. 3 Ziffer 4 RDG mag eine Orientierung geben. Sie sieht den *Schwerpunkt* der Tätigkeit des Mediators in der *Gesprächsleitung*, nicht in der Beratung. Der Unterschied ergibt den gedanklichen Schwerpunkt. Während sich die Gesprächsleitung mit der Frage auseinanderzusetzen hat, *woran* zu denken ist um zu einem interessengerechten Ergebnis zu gelangen, befasst sich die Beratung mit der Frage, *wie* etwas zu bewirken ist. Rechtsdienstleistungen sind an dem zentralen Kriterium der *rechtlichen Prüfung* zu messen. Die rechtliche Prüfung grenzt sich von der bloßen *Rechtsanwendung* ab. Gemeint ist eine *juristische Prüfung*. Die Vorschrift will „jede rechtliche Tätigkeit erfassen, die über die bloße Anwendung von Rechtsnormen

³⁰³ BT-Drucks. 16/3655

auf einen Sachverhalt hinausgeht“³⁰⁴. Damit ergibt sich ein Unterscheidungskriterium. Der Mediator wird also die Rechtsnorm auf den gewünschten Kindesunterhaltsverzicht anwenden und darauf hinweisen können, dass eine solche Vereinbarung zur Unwirksamkeit führt³⁰⁵. Darf er aber auch erwähnen, dass sich das Problem durch Freistellungsabreden in zulässiger Weise anders lösen ließe? Zweifellos kann er die Sachverhaltsvariante erörtern. Problematisch wird es, wenn er diese Vorschläge bewertet und gewichtet³⁰⁶. Die Begründung führt aus: „Greift der Mediator durch rechtliche Regelungsvorschläge *gestaltend* in die Gespräche der Beteiligten ein, so können diese Regelungsvorschläge Rechtsdienstleistungen im Sinn dieses Gesetzes sein“³⁰⁷.

[272] Die Nähe zur Rechtsdienstleistung stellt sich her, wenn der Mediator *nicht* lediglich Rechtsnormen auf einen Sachverhalt anwendet. Dass er dazu befugt sein soll, ergibt die Begründung zum Gesetzesentwurf. Dort wird ausgeführt: „Er (der Mediator) darf auch rechtliche Informationen preisgeben, wie z.B. den Hinweis auf die Düsseldorfer Tabelle bei Unterhaltsberechnungen“³⁰⁸. Rechtsdienstleistung ist also mehr als nur die Anwendung von Rechtsnormen. Die Grenzen sind fließend. Zwischen der rechtlichen Prüfung und der bloßen Rechtsanwendung liegt die reflektierte Rechtsanwendung. Allerdings: Recht erlaubt Meinungen über das Recht. Wo

³⁰⁴ *Schöbener*, GewArch 2011, 49-56

³⁰⁵ Nach der hier vertretenen Auffassung ist er - bei Kenntnis - dazu sogar verpflichtet, um Schaden von den Parteien abzuwenden.

³⁰⁶ *Greger* in *Greger/Unberath* Teil I § 1 Rdnr. 74

³⁰⁷ So Begründung S. 24

³⁰⁸ So Begründung S. 24

sonst als in der Mediation sollten die zur individuell empfundenen Ungerechtigkeit führenden Rechtsanwendungen zur Sprache kommen und in Frage gestellt werden? Der Mediator ist gegebenenfalls darauf angewiesen, Meinungen über Rechtsanwendungen zu thematisieren, Konsequenzen zu hinterfragen und gegebenenfalls Beispiele und Szenarien einzuführen, um dies zu verdeutlichen. Lediglich eine finale rechtliche Bewertung ist ihm versagt. Das RDG will die Fälle „substanzieller Rechtsanwendung“ den dafür zugelassenen Personen vorbehalten. In der Tradition der Rechtsprechung des BVerfG und des BGH wird das Kriterium der *substanziellen* Rechtsanwendung nach der „*Verkehrsanschauung*“ an den „*Erwartungen des Rechtsuchenden*“ bemessen³⁰⁹. Es muss sich zeigen, ob die Rechtsprechung sich ändert, nachdem der Gesetzgeber das gleichlautende Definitionsmerkmal aus dem Gesetzesentwurf wieder gestrichen hat³¹⁰. Davon ausgehend, dass sich die Rechtsprechung nicht ändert, kommt es darauf an, ob *der Mediant* das rechtliche Votum des Mediators als abschließend und ausschlaggebend ansieht. Der Rechtsprechung folgend, wäre es für den Mediator ein Leichtes, sich von dem Verdacht der Rechtsberatung zu befreien, indem er darauf hinweist, dass er lediglich Fragen aufwerfe, die *keine* Rechtsberatung darstellten, also unverbindlich sind und die einer separaten, rechtlichen Prüfung zu unterziehen seien.

□ Ausschluss der Rechtsberatung

³⁰⁹ Schöbener, GewArch 2011, 49-56

³¹⁰ BT-Drucks. 16/3655

[273] *Schöbener* führt aus³¹¹: „Der Mediator darf *Regelungsmöglichkeiten* zur Diskussion stellen – dann handelt es sich (noch) nicht um eine „Rechtsdienstleistung“; unterbreitet er hingegen *Regelungsvorschläge*, dann erbringt er eine Rechtsdienstleistung und bedarf (eigentlich) der Erlaubnis“. Diese Formel gibt dem Mediator wenigstens den im Einzelfall notwendigen Handlungsspielraum. Trotzdem wird eine Trennung zwischen dem Herausstellen von Möglichkeiten und dem Unterbreiten von Vorschlägen in der Mediationspraxis nicht immer konsequent einzuhalten sein [525]. Der Unterschied liegt in der *Empfehlung*. Wenn der Mediator also sagt: "Es gibt auch die Möglichkeit, dass Sie einen festen Fälligkeitstermin in Ihrer Abschlussvereinbarung zur Zahlung des Kindesunterhaltes festlegen, was halten Sie davon?" stellt er eine Möglichkeit vor. Wenn er jedoch sagt: "Sie müssen noch ein festes Fälligkeitsdatum in die Vereinbarung aufnehmen!", dann ist es eine Empfehlung. Er stellt eine Möglichkeit heraus, indem er sagt: "Wenn Sie kein Fälligkeitsdatum angeben, tritt § 1612 BGB in Kraft und der Unterhalt wird zum Ersten eines jeden Monats im Voraus fällig. Sie haben also die *Möglichkeit*, die Fälligkeit davon abweichend zu bestimmen."

[274] Die Mediation wird entwürdigt, wenn es auf rhetorisch spitzfindige Formulierungen ankommen soll, um die Grenze des RDG nicht zu überschreiten. Sie passen schon deshalb nicht in das System der Mediation, weil sie die Notwendigkeit eines Wortprotokolls für nichtanwaltliche Mediatoren nach sich zöge, um das korrekte Verhal-

³¹¹ *Schöbener*, GewArch 2011, 49-56

ten des Mediators darlegen zu können. Im Vordergrund steht deshalb nach wie vor die Frage, ob und inwieweit der nichtanwaltliche Mediator bei der Formulierung der Abschlussvereinbarung Unterstützung anbieten darf, wenn die Parteien *keine* rechtliche Beratung in Anspruch nehmen wollen oder können.

[275] Um den nichtanwaltlichen Mediator aus der Verunsicherung zu befreien, bietet sich die in der Literatur bisher nicht in Betracht gezogene Anwendung des § 5 Abs. 1 RDG an. Noch auf das alte RBerG bezogen hatte *Henssler* aus ähnlichen Bedürfnissen heraus eine Gleichstellung der Mediation zum Schiedsgericht durch analoge Anwendung des § 2 RBerG vorgeschlagen. Wegen der eindeutigen Formulierung in dem neu gestalteten § 2 Abs. 3 Ziff. 2 und 4 RDG ist die Analogie kaum noch möglich. Die Anwendbarkeit des § 5 Abs. 1 RDG erschließt sich, weil - anders als *Henssler* - die Gewichtung der rechtlichen Tätigkeit aus der Perspektive der Mediation einen anderen Stellenwert erhält³¹².

[276] § 5 Abs. 1 RDG erlaubt Rechtsdienstleistungen, wenn sie im Zusammenhang mit einer *anderen Tätigkeit* als Nebenleistungen zum Berufs- und Tätigkeitsbild gehören (sog. Annex-Tätigkeiten)". Rechtsberatung und Mediation sind "andere Tätigkeiten". Dies ergibt sich aus § 3, der die gleichzeitige oder sukzessive Ausübung von Beratung und Mediation in derselben Sache [880] verbietet³¹³. Unbedeutende Rechtsdienstleistungen, die keine

³¹² *Henssler*: Mediation und Rechtsberatung, NJW 2003, 241, 242

³¹³ Allerdings mit der Einschränkung, dass , die Beratung nur einer Partei gegenüber zugute kommt.

wesentliche Hauptleistung darstellen, erlaubt das RDG³¹⁴. Wörtlich werden Rechtsdienstleistungen im Zusammenhang mit einer anderen Tätigkeit angesprochen, *wenn sie als Nebenleistung zum Berufs- oder Tätigkeitsbild gehören*.

[277] Ob eine solche Nebenleistung vorliegt, ist nach ihrem Inhalt, Umfang, sachlichem Zusammenhang mit der Haupttätigkeit und Beachtung der notwendigen Rechtskenntnisse zu beurteilen. Beispiele für erlaubte Nebentätigkeiten sind³¹⁵: Ein Diplom-Betriebswirt oder Diplom-Wirtschaftsjurist kann Insolvenzberatung durchführen. Ein Architekt berät Bauherren zum Baurecht. Ein Vermögensberater klärt über die Rechtsaspekte der Vermögensnachfolge auf. Ein Erbenermittler wirkt bei der Beantragung eines Erbscheins mit. Eindeutig ist somit, dass auch der Mediator in allen Angelegenheiten beraten darf (und muss), die das Verfahren, Erfolgsaussichten, Beratungsbedarf und die Vollziehbarkeit betreffen.

[278] Die Frage, ob Formulierungshilfen bei der Abschlussvereinbarung auch noch als Nebenleistung aufzufassen sind, lässt sich ebenfalls bejahen, solange sie unter Vorbehalt stehen und sich als rechtlich unverbindlich anbieten. Es zählt zu den *Hauptleistungspflichten*, dass der Mediator bei der Abschlussvereinbarung Unterstützung anbietet. Es ist aber eine *Nebenpflicht*, darauf zu achten, dass sie wenigstens nicht offensichtlich rechtlich kollidiert. Diese Gewichtung folgt aus der für die Media-

³¹⁴ vgl. dazu Begründung des RDG zu § 5 Abs.1 Satz 2, S. 54

³¹⁵ Diese und weitere Beispiele sowie eine gut verständliche Abgrenzung finden sich bei: *Seidel* (RDG)

tion zu korrigierenden Zielsetzung. Die *Rechtsanwendung* ist keineswegs eine *Hauptleistungspflicht*. Das Recht nimmt keine Schlüsselrolle in der Mediation ein³¹⁶. Die Schlüsselrolle gehört dem Konflikt. Andererseits wollte noch der Regierungsentwurf des MediationsG dem Mediator die Möglichkeit einräumen, vollstreckbare Vereinbarungen zu ermöglichen. Die gleichzeitige Erwartung einer völligen Zurückhaltung bei der Formulierung der Abschlussvereinbarung wäre dann ein gesetzlicher Hinterhalt. Das RDG verhindert die *gestaltende* Mitwirkung bei der Abschlussvereinbarung³¹⁷. **Solange die rechtliche Hilfestellung des Mediators aber keine inhaltliche Umgestaltung mit sich bringt, ist sie als eine Nebenleistung anzusehen, die durchaus zum Tätigkeitsbild gehört.** Diese Regelung passt zur Mediation. Sie steht mit dem Prinzip der Indetermination [706] im Einklang. Es wäre durchaus als ein Mediationsfehler anzusehen, wenn der Mediator meinungsbildend auf die Medianden einwirkt, unabhängig davon welcher Berufsgruppe er angehört.

✎ Regelungsvorschläge unterbreitet

[279] **Die mit dem MediationsG verfolgte Absicht Diversifikationen zu vermeiden, droht bereits am RDG zu scheitern.** § 2 Abs. 3 Ziffer 4 RDG besagt, dass eine Mediation ohne Rechtsberatung *keine* Rechtsdienstleistung sei. Im Umkehrschluss ist eine Mediation mit Rechtsberatung möglich. Das RDG geht davon aus, dass

³¹⁶ Risse, BB Beil. zu H. 27/1999, 6. wird zitiert von Henssler: Mediation und Rechtsberatung, NJW 2003, 241

³¹⁷ Greger in Greger/Unberath Teil I § 1 Rdnr. 75

eine Rechtsberatung in der Mediation vorkommt, ohne allerdings festzulegen wo und wie das der Fall sein soll. Nachdem der Ausschluss rechtlicher Regelungsvorschläge gem. § 2 Abs. 3 Ziff. 2 RDG weder für die Schlichtungsstelle noch für die Schiedsgerichtsbarkeit vorgesehen ist, führt die Anwendung des RDG zu einem systemischen Bruch, der alles andere ist als eine Stärkung der Mediation. Obwohl der Schiedsrichter eine rechtliche Entscheidung trifft und obwohl die Schiedsgerichtsbarkeit der Rechtsstaatlichkeit unterliegt, hält der Gesetzgeber es nicht für nötig, dass der Schiedsrichter eine juristische Qualifikation nachzuweisen hat³¹⁸. Es ist sachlich nicht nachvollziehbar, warum der Mediator, der keine rechtlich zu begründende Entscheidung zu treffen hat, in dieser Frage schlechter gestellt ist als der Schiedsrichter. § 2 Abs. 3 Ziff. 4 RDG führt nicht nur zu einer Verunsicherung der Mediatoren. Im Abgleich zur Ziffer 2 der gleichen Vorschrift wird die Mediation sogar gegenüber der Schiedsgerichtsbarkeit und den Schlichtungsstellen benachteiligt. Der Gesetzgeber könnte die Mediation stärken, wenn er die Mediatoren den Schlichtungsstellen und den Schiedsrichtern gleichstellt und den Zusatz in § 2 Abs. 3 Ziff. 4 - wie im Gesetzesentwurf zum RDG vorgesehen - streicht. Zumindest würde dies zu einer verbesserten Rechtsklarheit führen und eine weitere (Mediations-) Rechtszersplitterung vermeiden.

☞ Mediatoren den Schlichtungsstellen angleichen

³¹⁸ Vgl. *Hennsler*, NJW 2003, 241, 242 für das RBERG Erlaubnistatbestände im RDG ergeben sich aus § 10 RDG

[280] **Keine Rechtsdienstleistungen** sind die Beratung über die Mediation als eine Möglichkeit zur außergerichtlichen Konfliktbeilegung [1080], oder die Beistandschaft innerhalb einer Mediation [816]. Beides gilt natürlich nur solange der Berater oder der Beistand nicht auf die konkrete Rechtslage eingeht.

Mediation durch den Anwaltsmediator

[281] Der Begriff Anwaltsmediator zählt zu den sprachlichen Verirrungen im Umfeld der Mediation³¹⁹. Das Oxymoron³²⁰ beschreibt den begrifflichen Widerspruch. Anwalt stammt von mittelhochdeutsch „anwalte“ ab und bedeutet Bevollmächtigter. In der Wortkombination kommt ein bevollmächtigter Vermittler heraus, was alles andere als ein Mediator ist. Der Begriff hat sich jedoch eingebürgert - auch wenn er irreführend ist. Der Anwaltsmediator stellt *keine* Berufsbezeichnung dar und doch entwickelt sich der Begriff mehr und mehr in diese Richtung. Anwaltsmediatoren neigen dazu, Sonderrechte für sich in Anspruch zu nehmen. Sie betreffen die Rechtsberatung *innerhalb* der Mediation [262] und das Zeugnisverweigerungsrecht im Strafverfahren [916]ff. Im Interesse eines einheitlichen Berufsbildes für Mediatoren und zur Vermeidung weiterer Diversifikationen sollten die Berufe nicht wie § 2 Abs. 3 Ziff. 4 RDG mit Sonderrechten ausgestattet werden. Auch sollte vermie-

³¹⁹ Andere sprachliche Irritationen sind: der „nicht entscheidungsbefugte Richter“ in § 253 Abs. 5 ZPO, der „Richtermediator“

³²⁰ Formulierung, die aus zwei gegensätzlichen, einander (scheinbar) widersprechenden oder sich gegenseitig ausschließenden Begriffen gebildet wird

den werden, dass sich der Anwaltsmediator als eine eigenständige Berufsbezeichnung etabliert.

✍ Einheitliches Berufsbild für Mediatoren sicherstellen

[282] Losgelöst von der Frage der Berechtigung zum Angebot von Rechtsdienstleistungen [269] deutet die Bezeichnung Anwaltsmediator auf den professionellen Ursprung des Mediators hin. Das Mediationsgesetz regelt die Mediation und die Stellung des Mediators, *ohne* dabei nach Herkunftsberufen zu unterscheiden. Es gilt für *alle* Mediatoren in gleicher Weise und ist *Lex specialis* für die Rechtsanwälte. Das bedeutet, dass auch ein Rechtsanwalt die Regeln der Kunst [488] zu beachten hat, wenn er eine Mediation durchführt. Das AG Lübeck hat entschieden: „Wird die Mediation durch einen Anwalt angeboten, dann ist sie eine anwaltliche Dienstleistung, für die der Anwalt *im Rahmen der mediationsfachlichen Regelungen* genauso einzustehen hat, wie für alle anderen anwaltlichen Dienstleistungen auch“³²¹. Das Mediationsrecht ist auch für Rechtsanwälte verbindlich. § 18 BORA, wonach der Rechtsanwalt auch als Mediator den berufsrechtlichen Regeln des Anwalts unterliegt, ist restriktiv mit dem Zusatz auszulegen: „... soweit dies dem Mediationsrecht nicht entgegensteht“. Der Grund für diese Einschränkung liegt in der Qualität der Rechtsnormen begründet. Die BORA ist eine Satzung und als solche ein gegenüber dem Mediationsgesetz *nachrangiges* Recht.

[283] Grundlegende Kollisionen zwischen dem Anwalts- und dem Mediationsrecht ergeben sich aus dem Berufs-

bild. Das anwaltliche Berufsrecht sieht den Rechtsanwalt als *Parteivertreter*. § 3 BRAO besagt: „Der Rechtsanwalt ist der berufene unabhängige *Berater* und *Vertreter* in allen Rechtsangelegenheiten“. Diese Funktion steht im krassen Widerspruch zu der eines Mediators. Der Mediator berät nicht. Erst recht nimmt er keine (einzelnen) Parteiinteressen wahr [705]. Er ist also auch kein Vertreter, ganz abgesehen davon, dass er auch nicht bevollmächtigt wird. Auch der Wortlaut des Gesetzes bestätigt die Inkompatibilität (vgl. §§ 18 BORA, 3, 43, 43aIV, 45, 46 BRAO, 356 StGB). Der Rechtsanwalt *muss* den Mandanten deshalb vor die Wahl stellen, ob er ihn als Rechtsanwalt (Rechtsberater oder Rechtsvertreter) *oder* als Mediator beauftragen will. Das bedeutet: **Ein Anwalt wird entweder als Rechtsanwalt *oder* als Mediator tätig und nicht sowohl als Rechtsanwalt *wie* als Mediator.**

Trotz allem wird die Mediation durch Anwälte als materielle Anwaltstätigkeit und nicht etwa als ein Zweitberuf verstanden³²². Die logische Konsequenz, dass die Mediation eines Psychologen dann ebenfalls eine materielle Anwaltstätigkeit wäre, belegt, dass diese Zuordnung der Mediation nicht auf systematischen Überlegungen beruhen kann³²³. Demzufolge werden auch die Argumente, mit denen die Mediation der Anwaltstätigkeit zugeordnet wird, als eher unbeholfen beschrieben³²⁴. Sie sollen sich in der Formel wiederfinden lassen, wonach die den Konflikt auslösenden und deshalb entgegengesetzten Inte-

³²² *Schlosser*, NJW 2002, 1376, 1378

³²³ *Lewinski* (Berufsrecht), Seite 66

³²⁴ *Schlosser*, NJW 2002, 1376, 1378

ressen³²⁵ streng von dem gemeinsamen Interesse der Parteien an einer gütlichen Einigung zu trennen seien³²⁶. Es ist der Versuch, den „core value“ der anwaltlichen Grundwerte zu retten, wozu das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen zählt. Es ist wohl der Versuch, die Mediation unter das Tatbestandsmerkmal des § 3 BRAO „Vertreter in allen Rechtsangelegenheiten“ zu subsummieren. Übersehen wird, dass die Mediation weder eine Rechtsangelegenheit ist noch eine Interessenvertretung erfordert. Der Mediator ist auch nicht berufen, die verfahrensbezogenen Interessen der Parteien wahrzunehmen [192][488][507]. Ganz abgesehen davon, dass sich diese kaum von den widerstreitenden Sachinteressen lösen ließen. Statt die Mediation unter das konventionelle Berufsbild des Anwaltes zu zwingen, wäre die Anwaltschaft gut beraten, eine Modernisierung ihrer berufsrechtlichen Vorschriften herbeizuführen und den Anwalt entweder von der Interessenvertretung zu entbinden oder von der Mediation zu befreien.

☞ § 3 BRAO auf allgemeine Rechtsberatung ausweiten

[284] Solange sich der Anwalt als Interessenvertreter sieht, kollidiert die *anwaltliche* Beratung stets mit der Mediation. Anwälte müssen sich von der Vorstellung lösen können, von den Medianden *mandatiert* zu sein. Der Mediator vertritt niemandes Rechtsposition. Die Auffassung, der Anwaltsmediator habe in der Mediation bezüglich eines einheitlichen Lebenssachverhalts die Rechtsstandpunkte mehrerer zu würdigen und in Betracht zu

³²⁵ Anmerkung des Herausgebers: gemeint sind wohl die Positionen

³²⁶ Schlosser, NJW 2002, 1376, 1378

ziehen und jedem Beteiligten Rat zu erteilen sowie Beistand zu leisten, wird der Mediation ebenfalls nicht gerecht. Sie ist lediglich die Ausdehnung des Mandates von einer auf zwei Parteien. In solchen Aussagen findet sich die Mediation nur schwer wieder, denn der Mediator hat, außer auf das Verfahren bezogen, weder Rat zu erteilen noch Beistand zu leisten. Wenn die Mediation korrekt ausgeführt wird, ist *sie* es, die den Medianden den erforderlichen Schutz und Beistand zur Verfügung stellt. Der Mediator hat lediglich darauf zu achten, dass dies den Parteien bewusst ist und dass das Verfahren korrekt ausgeführt wird. Die Neigung der Juristen, die Lösung nicht dem Verfahrensgang zu überlassen, sondern selbst herzustellen, scheint aus der Vorstellung zu resultieren, dass die Interessen [35] den Lösungen gleich gesetzt werden. Jedenfalls fällt es auf, dass die umfangreiche Literatur³²⁷ bei dem Versuch, die Mediation der anwaltlichen Dienstleistung zu unterwerfen, den vielschichtigen Begriff der Interessen eher von einem juristischen Standpunkt aus betrachtet [35]. In der Sprache der Mediation treten die Rechtsanwälte als *Positionenvertreter* in Erscheinung. Werbeaussagen ³²⁸ wie: „Wer seine Rechtsposition kennt, kann dann auf einer sicheren Grundlage verhandeln“, unterstreichen diesen Eindruck. Durch die Einbeziehung der Mediation in den Aufgabenbereich der Rechtsanwälte gemäß § 18 BORA, wie auch durch das Güterichterverfahren und die gerichtsnahe

³²⁷ Nur beispielhaft: *Knöfel*, NJW 2005, 6; *Offermann-Burckart*, NJW 2010, 2489; *Deckenbrock*, AnwBl 1 / 2009

³²⁸ Willkürlich gewählter Werbetext:
<http://www.netzwerkanwaltsmediation.de/Pages/Anwaltsmediation.html> dl 12.3.2013

Mediation, ist die Mediation zu einem Angebot der Rechtspflege geworden. Dies entspricht dem Verständnis von Rechtspflege als Tätigkeit zur Gewährleistung des Rechtsfriedens. Im Zusammenhang mit dem Berufsrecht der Rechtsanwälte wandelt sich die Auffassung über die Stellung eines Organs der Rechtspflege³²⁹. Es ist ein weiterer Spagat, den der Anwaltsmediator zu leisten hat, denn der Mediator ist definitiv *kein* Organ der Rechtspflege. Wie kann es dann der Anwaltsmediator sein?

[285] Die Mediation steht mit der Rechtspflege nicht im Widerspruch. Sie hat lediglich einen anderen Fokus. Solange der Mediator Rechtsanwalt ist, darf er keine Aufgaben übernehmen, die dem Berufsbild des Rechtsanwaltes entgegengesetzt sind. Als Organ der Rechtspflege jedenfalls ist es ihm verwehrt, an Vereinbarungen mitzuwirken, wenn sie die Grenzen des dispositiven Rechtes überschreiten und sich in strafrechtlich relevante Bereiche bewegen oder sittenwidrig sind. Allerdings unterscheidet sich der Anwalt insoweit kaum von einem nicht-juristischen Mediator. Niemand ist aufgefordert, sich an einem Rechtsbruch oder gar einer strafbaren Handlung zu beteiligen. Dem Rechtsanwalt ist lediglich das Wissen um das Recht zu unterstellen, so dass er insoweit eine weitaus höhere Verantwortung trägt als der nicht-juristische Mediator. Weil der Rechtsanwalt aber nicht als solcher, sondern als Mediator tätig wird, trifft ihn eine darüber hinausgehende *Verpflichtung* zur detaillierten Prüfung des Falles nach allen rechtlichen Gesichtspunkten *nicht*. Eine solche Verpflichtung entspräche auch

³²⁹ Vgl. Kleine-Cosack, BRAO, Rn. 7 zu § 1 BRAO.

nicht dem Inhalt des Mediationsvertrages. Allerdings muss der Rechtsanwalt, wenn er als Mediator tätig wird, die Parteien auf die Notwendigkeit der rechtlichen Beratung nach § 2 Abs. 6 *wie jeder andere Mediator* hinweisen. Vor allem muss er die Parteien darauf hinweisen, dass seine Rolle als Mediator eine andere ist und wie sich dieser Rollenunterschied genau in der Mediation bemerkbar macht. Diese Verpflichtung trifft ihn umso mehr, als er seine Anwaltseigenschaft in der Werbung hervorgehoben hat. Spätestens dann, wenn sich bei den Medianden aus der Berufsbezeichnung eine falsche Rollenerwartung herstellt, ist die unterlassene Klarstellung als ein Mediationsfehler anzusehen.

✎ Grenzen der anwaltlichen Rolle verdeckt

[286] **Keinesfalls sollte sich der Rechtsanwalt dazu hinreißen lassen, die Parteien *individuell* rechtlich zu beraten.** Ein solches Verhalten verstößt nicht nur gegen den Grundsatz der Neutralität, es erfüllt auch das Tätigkeitsverbot gem. § 3 Abs. 2 [870]. Aus dem besonderen Vertrauen, das der Rechtsanwalt aus seiner Funktion heraus in der Öffentlichkeit genießt, und der mit der Berufsbezeichnung verbundenen automatischen Erwartungshaltung der Medianden, ergibt sich seine *besondere* Verpflichtung den Medianden gegenüber, den Umfang und die Grenzen der *Rechtsdienstleistung* im Mediationsvertrag ausdrücklich festzuschreiben. Die Parteien müssen informiert sein, damit sie mögliche Gefahren und Nachteile einschätzen können.

📄 Grenzen der Rechtsdienstleistung

[287] Widrigenfalls setzt sich der Anwalt als Mediator zumindest einer Haftung aus Nebenpflichtverletzungen in der Vertragsanbahnungsphase (c.i.c) aus. In Bezug auf §§ 1 BRAO, 7a, 18 BORA bedeutet dies, dass der Anwaltsmediator keine *anwaltliche* Geschäftsbesorgung i.S. der §§ 675 BGB übernimmt.

Mediation durch einen Notarmediator

[288] Die über den Akt der Beurkundung und die anschließende Vertragsabwicklung hinausgehenden Funktionen der Notare werden oft verkannt³³⁰. *Waltz* weist darauf hin, dass sich ein Notar stets in einem Spannungsverhältnis bewege. Notare würden vermitteln, wo sich Interessengegensätze zeigen. Somit zeigten sich alle Elemente der Mediation, ohne dass diese Tätigkeit als Mediation zu bezeichnen sei³³¹.

[289] Seit dem Kostenrechtsmodernisierungsgesetz ist die Tätigkeit eines Mediators offiziell auch als eine abzurechnende Leistung der Notare anerkannt. Die Begründung des Gesetzes erläutert die Änderung des § 126 des neuen Gerichts- und Notarkostengesetzes (GNotKG) wie folgt³³²: "... Nach Absatz 1 Satz 1 soll Hauptanwendungsbereich die Mediation und Schlichtung durch den Notar sein. Es ist anerkannt, dass der Notar auch *über die urkundsvorbereitende Verhandlungsführung* hinaus berechtigt ist, konfliktvermeidend oder -beseitigend tätig zu werden. Er wird hierfür als besonders geeignet angese-

³³⁰ *Waltz*, NJW 2002, 3446

³³¹ *Waltz*, a.a.O.

³³² Begründung GNotKG, S. 284

hen³³³. Diese Tätigkeit gehört nicht zu den notariellen Kernaufgaben und ist vom Amtsgewährungsanspruch nicht umfasst. Sie lässt sich in das Gebührensystem für die klassischen Notartätigkeiten nicht sachgerecht integrieren. Außerdem sollte es dem Notar möglich sein, eine Vergütung zu vereinbaren, die mit derjenigen vergleichbar ist, die andere zur Mediation und Schlichtung berufene Berufsgruppen üblicherweise erzielen. Für diese Vereinbarung bietet sich angesichts des hoheitlichen Charakters der notariellen Tätigkeit die Rechtsfigur des öffentlich-rechtlichen Vertrags an... “.

[290] **Die Mediation wird der hoheitlichen Tätigkeit des Notars zugeordnet**, obwohl der Notar durchaus auch zu einem privatrechtlichen Mediationsvertrag hätte ermächtigt werden können. Der öffentlich-rechtliche Vertrag unterscheidet sich vom privatrechtlichen Vertrag durch seinen öffentlich-rechtlichen Vertragsgegenstand³³⁴. Eine öffentlich-rechtliche Klassifizierung des Mediationsvertrages verursacht einen systematischen Bruch, wenn dadurch ein öffentlich-rechtliches Verfahren etabliert wird. Die Mediation kann keine Amtshandlung sein. Sie kann auch nicht zu einer solchen werden, nur weil sie als Teil einer Amtstätigkeit verstanden wird³³⁵. Mit der Einführung des Erfüllungsprinzips [217] lässt sich dieser Widerspruch auflösen. Die auch vom Notar zu vereinbarende MDV trennt die Vereinbarung

³³³ vgl. *Eylmann/Vaasen/Limmer*, Bundesnotarordnung, Rdnr. 57 zu § 20

³³⁴ Wikipedia (Öffentlich-rechtlicher_Vertrag)

³³⁵ Siehe auch: *Wagner* (Schiedsrichter). Wagner führt aus, dass der Notar als Schiedsgericht bzw. Schiedsrichter keine Amtstätigkeit ausübt.

über das Verfahren von seinem rechtsbegründenden Akt. Eine solche Trennung von öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Akten ist in der Rechtslehre anerkannt. Die Erfüllung einer öffentlich-rechtlichen Verpflichtung wird dem Privatrecht unterworfen, wenn sie nicht eine unmittelbare Änderung oder Ausgestaltung einer öffentlich-rechtlichen Berechtigung oder Verpflichtung, sondern nur ihre Erfüllung darstellt³³⁶. Ein Beispiel ist die Übereignung eines durch öffentlich-rechtlichen Vertrag erworbenen Grundstücks. Mit dem „Erfüllungskonstrukt“ lässt sich der privatrechtliche Charakter des Mediationsverfahrens ohne Weiteres mit der Rechtsnatur der Mediation in Einklang bringen. Dennoch wäre eine gesetzgeberische Klarstellung angebracht.

✍ Notarmediation als privatrechtlichen Akt gestalten

[291] Bedenklich ist die Mediation eines Notars, wo sie mit seinen Kernaufgaben kollidiert. Dann könnte das Prinzip der Indetermination [706] verletzt werden. Es kommt zu einer Rollenkollision, wenn der Notar ein berufliches Interesse an der Beurkundung eines Vertrages und somit an dessen Zustandekommen hat. Die EU-Mediationsrichtlinie hat ausdrücklich festgelegt, dass die Mediation nicht für vorvertragliche Verhandlungen gelten soll³³⁷. Somit beschränkt sich die Mediation durch einen Notar auf „echte“ Streitfälle und nicht auf die Verwendung mediativer Elemente während Streitig verlaufender Vertragsverhandlungen.

³³⁶ *Manstein* (öffentlich-rechtlicher Vertrag)

³³⁷ EU-RL Absatz 11

[292] Geht man davon aus, dass der mediierende Notar auch zuständig werden soll, das gefundene Ergebnis zu beurkunden, dann sieht er sich in einer ähnlichen Situation wie der entscheidungsbefugte Richter. Anders als der Richter hat der Notar sogar ein eigenes merkantiles Interesse daran, dass ein bestimmtes Ergebnis zustande kommt. Zu befürchten ist, dass der Notar die Parteien im eigenen Interesse an der gesondert zu honorierenden Beurkundung zu einer beurkundungsfähigen Entscheidung drängt und Einfluss auf die inhaltliche Gestaltung nimmt. Auch wenn das Tätigkeitsverbot des § 3 Abs. 2 auf diesen Fall nicht zutrifft, hat der Notar zu prüfen, ob und inwieweit er in der Lage ist, sein Beurkundungsinteresse so weit zurückzustellen, dass die Ergebnisoffenheit für die Parteien gewahrt bleibt. Auch um den mit der Beurkundung verbundenen Beratungsbedarf von der Mediation abzugrenzen muss sich der Mediator überlegen, ob er die Beurkundung besser durch einen Kollegen durchführen lässt. Der Gesetzgeber mag das Beurkundungsverbot dem Tätigkeitsverbot des § 3 Abs. 2 gleichsetzen.

✍ Beurkundungsverbot nach Mediation

Mediation durch den Steuerberater

[293] Der Steuerberater übt einen freien Beruf aus (§ 32 Abs. 2 StBerG). Die Tätigkeit als Mediator ist mit dem Berufsbild des Steuerberaters vereinbar (§ 57 Abs. 3 StBerG)³³⁸. Er bleibt damit in seinen originären Berufspflichten verhaftet, und ist weiterhin Organ der Steuer-

³³⁸ Er wird auch in der Gesetzesbegründung zu § 1 explizit als ein Beruf benannt, der nicht im Hauptberuf als Mediator tätig ist.

rechtspflege. D. h., er muss seinen Beruf und auch seine Tätigkeit als Mediator unabhängig, eigenverantwortlich, gewissenhaft und verschwiegen ausüben. Soweit er als Mediator rechtliche Regelungsvorschläge unterbreitet, ist im Einzelfall zu prüfen, ob diese noch als Nebenleistung zum Berufs- und Tätigkeitsbild des Steuerberaters i. S. d. § 5 Abs. 1 RDG zulässig sind. Eine Beschränkung auf reine Wirtschaftsmediationsfälle ist nicht notwendig, da er auch in anderen Mediationsfeldern als Mediator seine o. g. Berufspflichten einhalten kann. Die Erteilung eines Rechtsrats ist dann nicht mehr mit dem RDG vereinbar.

Abgrenzung zur Therapie

[294] Die Frage nach der Abgrenzung der Mediation von der Therapie stellt sich besonders in hochemotionalen Konflikten, also maßgeblich in den Bereichen der Mediation, in denen die persönlichen Verflechtungen besonders stark sind (Familienmediation, Nachbarschaftskonflikte u.s.w.). Die Grenzen sind besonders bei der transformativen Mediation [94] fließend, ebenso bei der Frage der Abgrenzung und der Frage der Meditierbarkeit psychischer und sozialer Konflikte [691]. Die Grenzziehung wird erschwert, weil die Mediation überwiegend Techniken verwendet, die aus dem therapeutischen Fachbereich stammen.

[295] Der Begriff Therapie stammt aus dem Griechischen. Therapeutes waren nach *Wahrig*³³⁹ Diener, Wärter, Pfleger und Waffengefährten. Der Aspekt der Heilung spielte zunächst keine Rolle. Später entwickelte sich der Begriff

³³⁹ *Wahrig*, Bedeutung Therapie, S. 3561.

zu therapeúein: dienen, heilen, pflegen. In der modernen Auffassung ist die Therapeutik (griechisch *therapeutikè*) die Lehre von den Heilverfahren, die sich mit den verschiedenen Therapieformen, ihrer Wirkungsweise und ihrem Anwendungsspektrum beschäftigt³⁴⁰. Obwohl der Ursprung des Wortes Mediation auf den lateinischen Wortstamm „*medeor, mederi*“ zurückgeht³⁴¹, was so viel wie heilen, ganz machen bedeutet, ist die Mediation kein explizites Heilverfahren.

[296] Die Mediation ist ein Verfahren *sui generis*, das den Medianden ermöglicht, eine Brücke zu bauen. Sie arbeitet mit Menschen im Konflikt, die immer wieder den Blick auf sich selbst richten und ihr Innerstes anschauen werden. Dann kann die Mediation freilich mit psychischen Störungen konfrontiert sein, therapeutische Interventionen anwenden und / oder eine Steigerung des Wohlbefindens bei den Medianden herbeiführen. Das bedeutet, dass die Mediation in hochemotionalen Zusammenhängen nicht ausschließlich die Menschen im Konflikt verbinden wird, sondern auch interdisziplinär die Professionalität und die Erkenntnisse der unterschiedlichen Grundberufe zu verknüpfen hat.

[297] Klar definiert und gesetzlich geregelt ist die Therapie im Rahmen der klinischen Psychologie. Die Psychotherapie ist eine „geplante, emotionsgeladene und vertrauensvolle Interaktion zwischen einem ausgebildeten und offiziell berechtigten Angehörigen der Heilberufe und

³⁴⁰ Wikipedia (Therapie), dl 17.8.2012

³⁴¹ *Hein* (Mediation), S. 5

einem leidenden Menschen³⁴². Gem. § 1 I 3 PsychthG darf die Bezeichnung "Psychotherapeut" von anderen Personen als Psychiatern, psychologischen Psychotherapeuten oder Kinder- und Jugendlichen-Psychotherapeuten nicht verwendet werden. Inhaltlich setzt die Psychotherapie voraus, dass sich ein leidender Mensch an den Therapeuten wendet. Ein leidender Mensch im Sinne der klinischen Psychologie ist ein Mensch mit einer psychischen Störung. Ob eine psychische Störung vorliegt, muss im Rahmen der Diagnostik ermittelt werden. Richtungsweisende Systeme für die Klassifikation psychischer Störungen sind das DSM IV³⁴³ und das ICD-10³⁴⁴. Dr. Oliver *Walter* fasst die Störungen wie folgt zusammen³⁴⁵: „In DSM-IV wird jede psychische Störung als ein klinisch bedeutsames Verhaltens- oder psychisches Syndrom oder Muster aufgefasst, das bei einer Person auftritt und das mit momentanem Leiden (z.B. einem schmerzhaften Symptom) oder einer Beeinträchtigung (z.B. Einschränkung in einem oder in mehreren wichtigen Funktionsbereichen) oder mit einem stark erhöhten Risiko einhergeht, zu sterben, Schmerz, Beeinträchtigung oder einen tiefgreifenden Verlust an Freiheit zu erleiden. Zusätzlich darf dieses Syndrom oder Muster nicht nur eine verständliche und kulturell sanktionierte Reaktion auf ein bestimmtes Ereignis sein, wie z.B. den Tod eines geliebten Menschen.

³⁴² *Myers* (Psychologie), Kapitel 18, S. 762 m.w.N.

³⁴³ *Diagnostical Manual of Mental Disorders* der American Psychiatric Association (APA)

³⁴⁴ *International Classification of Diseases* Weltgesundheitsorganisation (WHO)

³⁴⁵ *Psychische Störungen*,
http://www.verhaltenswissenschaft.de/Psychologie/Psychische_Stoerungen/psychische_stoerungen.htm

Unabhängig von dem ursprünglichen Auslöser muss gegenwärtig eine verhaltensmäßige, psychische oder biologische Funktionsstörung bei der Person zu beobachten sein. Weder normabweichendes Verhalten (z.B. politischer, religiöser oder sexueller Art) noch Konflikte des Einzelnen mit der Gesellschaft sind psychische Störungen, solange die Abweichung oder der Konflikt kein Symptom einer oben beschriebenen Funktionsstörung bei der betroffenen Person darstellt³⁴⁶.

[298] Eine so diagnostizierte Störung will der klinische Therapeut mit seiner Therapie heilen (therapeúein), wobei er keinen Heilerfolg schuldet. Von der Überzeugung des Therapeuten und freilich der Zustimmung des Klienten hängt ab, welche Therapie angewendet wird. Der Therapeut, der die Ursache der Störung in biologischen Zusammenhängen sieht, wird zumindest auch Medikamente verordnen. Der Therapeut, der die Störungen als erlerntes Verhalten ansieht, wird die Psychotherapie bevorzugen und derjenige, der die Ursache im sozialen System sieht, wird dieses in die Psychotherapie mit einbeziehen. Bis heute sind mehr als 250 unterschiedliche Therapieformen bekannt.

[299] Eine Mediation, die nicht von einem dieser Fachleute ausgeführt wird, ist also *de lege lata* schon aus persönlichem Grunde keine Psychotherapie. Die Diagnose einer psychischen Störung in der Mediation durch einen nicht entsprechend ausgebildeten Mediator wäre grenzüberschreitend. Die infrage kommenden Psychotherapien

³⁴⁶ DSM-IV-TR, deutsche Ausgabe S. 979

sind für psychologische Laien weder zuzuordnen noch auszuführen.

[300] Trotzdem kann es passieren, dass der Mediator in seiner Arbeit mit psychischen Störungen konfrontiert wird. Depressionen können gerade Folge belastender Lebenssituationen, wie Mobbing am Arbeitsplatz oder Trennung/Scheidung sein. Menschen erleiden Traumata in unterschiedlichsten Lebenssituationen (z.B. Arbeitsunfälle mit Verlust des Arbeitsplatzes, Umschulungen, Verkehrsunfälle mit der Folge bleibender körperlicher Verheertheit) und leiden unter Umständen unter posttraumatischen Belastungsstörungen wie Existenzängsten, der Angst Allein zu sein, Angst den Halt zu verlieren oder sie leiden unter Depressionen, die handlungsunfähig machen und dazu führen, dass die Vereinbarungen aus der Mediation, selbst wenn sie erarbeitet würden, nicht zur Ausführung kämen. Auch besteht die Gefahr, dass ein depressiver Mensch sich in der Mediation nicht so einbringen kann, wie im gesunden Zustand, Dinge könnten unausgesprochen bleiben, ohne, dass der Mediator dies bemerkt. Das gleiche gilt für Menschen, die aufgrund posttraumatischer Belastungsstörungen unter Stress in dissoziative Zustände abdriften. Eine weitere Problematik stellen die vielfach unterschätzten posttraumatischen Amnesien dar. Wenn es in der Mediation z.B. um Belange geht, die während einer traumatischen Situation geschehen sind, ist es durchaus möglich, dass ein Betroffener sich nicht oder nur teilweise daran erinnert. In solchen Fällen wären gleich zwei Prinzipien der Mediation [38] in Frage gestellt, das der Informiertheit und das der Eigenverantwortlichkeit. Die psychische Störung könnte die

Arbeit in der Mediation ad absurdum führen. Sie wäre vergeblich und gleichermaßen belastend für Mediator und Medianden.

[301] In keinem Fall ist es die Aufgabe des Mediators, eine psychische Erkrankung zu diagnostizieren. Zwar erfordert die Mediation stets eine Konfliktanalyse [767]. Eine Diagnostik ist über die Erhellung in Phase 3 hinausgehend jedoch weder vorgesehen noch angezeigt. Dennoch sollte der Mediator über ein Grundlagenwissen über die Existenz psychischer Störungen und deren Auswirkungen verfügen. Nur so kann er ihren Einfluss auf die Mediation absehen. Wenn der Mediator auf der Basis dieses Wissens äußere Anhaltspunkte dafür sieht, dass ein Mediand nur eingeschränkt in der Lage ist, am Mediationsprozess mitzuwirken, hat er dies anzusprechen. Dieses Ansprechen darf niemals übergriffig im Sinne einer Diagnose sein, sondern getragen von der Verantwortlichkeit für den Mediationsprozess³⁴⁷. Idealerweise verfügt der Mediator über ein funktionierendes interdisziplinäres Netzwerk und eine entsprechende Helferkartei.

Mediation durch den Therapeut-Mediator

[302] Ein Therapeut sollte dazu in der Lage sein, psychische Störungen zu diagnostizieren und zu behandeln. Innerhalb einer Mediation liegt eine Gruppentherapie na-

³⁴⁷ Hermann Melville hat in Billy Bud, Sailor, 1924 geschrieben: Wer kann eine Linie im Regenbogen ziehen, wo das Violett endet und das Orange beginnt? Sehen können wir den Unterschied der Farben deutlich, doch wo genau vermischt sich die eine mit der anderen? So ist es auch mit geistiger Gesundheit und Geisteskrankheit.“

he, in der die in einer Gruppe auftretenden speziellen Gruppenphänomene (Gruppendynamik, Übertragung, Gegenübertragung) für die Psychotherapie genutzt werden und mehrere Patienten in der Gruppe behandelt werden. Zweifellos schießt eine solche Behandlung über die Mediation hinaus. Das Ziel der Mediation ist die Klärung nicht die Heilung. Rechtsfolge ist auch hier, dass das nicht zur Mediation passende Verhalten die Mediation nicht zur Therapie umwidmet. Wenigstens nicht solange es mit den Parteien nicht abgestimmt ist. Es ist als ein Verstoß gegen die Regeln der Kunst anzusehen, wenn die therapeutische Einlage das Ziel der Mediation überschreitet. Dies wird vom Mediationsvertrag nicht mehr gedeckt.

✦ Der Mediator therapiert

[303] Erstreckt sich die therapeutische Unterstützung auf nur eine Partei, führt sie zu einem Tätigkeitsverbot i.S.d. § 3 Abs. 2 [872], wenn die Tätigkeit in „derselben Sache“ [880] erfolgt war.

Abgrenzung zur psychologischen Beratung

[304] Hier bedarf es zunächst einer begrifflichen Klärung. Die psychologische Beratung ist gesetzlich nicht geschützt. Sie grenzt sich von dem "beratenden Psychologen" ab, der den Dipl.-Psychologen vorbehalten ist. Während der "psychologische Berater" oder die "psychologische Beratungspraxis" ungeschützte Berufsbezeichnungen sind, ist die Bezeichnung "Praxis für Psychotherapie" seit dem Inkrafttreten des Psychotherapeutengesetzes am 1.1.1999 den examinierten Psychologen vorbehalten.

Im Gegensatz zu diesen verstehen sich die psychologischen Berater als eine Art Lebensberater. Sie wollen die weggebrochenen Funktionen der Großfamilien und Seelsorger kompensieren.

[305] Die unterschiedlichen Berufe und Berufsbezeichnungen in der Psychotherapie sind für den Laien oft schwer zu unterscheiden. Der **Psychiater** ist der Facharzt für die Behandlung seelischer Erkrankungen, die auf körperliche Störungen zurückgeführt werden können und oft medikamentös zu behandeln sind. **Dipl. Psychologen** beschäftigen sich mit dem Erleben und Verhalten von Menschen sowie mit der psychologischen Diagnostik (Persönlichkeitstests, Intelligenztests). **Psychologische Psychotherapeuten** sind Psychologen, die nach dem Universitätsabschluss noch eine mehrjährige Ausbildung zur Psychotherapie absolviert haben. Sie sind für alle Erkrankungen zuständig, die durch psychotherapeutische Gespräche und Übungen behandelt werden können, wie z.B. Zwänge, depressive Verstimmungen, Sucht oder Komplexe³⁴⁸.

[306] Im Verhältnis zur Mediation gestaltet sich die Grenzziehung ähnlich schwierig wie zur Rechtsberatung. Manche Psychologen meinen³⁴⁹, Beziehungsthemen wie Paarkonflikte seien für den nicht-psychologischen Mediator zu meiden. Das würde bedeuten, dass die transformative Mediation den Psychologen vorbehalten wäre. In beiden Bereichen geht es um die Begegnung von Men-

³⁴⁸ *Mass*, Der Psychotherapieratgeber

³⁴⁹ Quelle: nicht repräsentative Gespräche des Herausgebers mit psychologischen Mediatoren und den Co-Autoren

schen und um deren Selbsterkenntnis. In der Mediation geht es darum, das Bedürfnis zu erkennen, um es dem scheinbar Unmöglichen gegenüberzustellen und um zu erfahren, was die Medianden davon trennt, dies zu verwirklichen. Während in der Psychologie das diagnostische Denken im Vordergrund steht, arbeitet die Mediation ohne Bewertung und Diagnose. In einer Paarmediation beispielsweise hilft der in die Zukunft blickende Mediator dabei, den gewünschten Zustand zu identifizieren, um dann zu hinterfragen, wie der Weg dorthin gelingen mag. Kann ein Mediand diesen Weg aufgrund psychischer Störungen nicht gehen, endet die Arbeit des Mediators. Der Mediator wird bemerken, ob und inwieweit die Partei in der Lage ist, Gedanken zu folgen oder nicht. Das Ergebnis der Mediation kann also sein, eine psychologische Beratung oder Therapie in Anspruch zu nehmen, um das vereinbarte Ziel zu erreichen.

[307] Krisen und Trennung gehören zwar zum Leben und sind kein grundsätzlich pathologischer Zustand. Die individuelle Belastbarkeit der Menschen variiert jedoch stark. Übersteigt eine Belastung das Maß des Erträglichen, kommt es zu einer Traumatisierung. Auch können Lebens- und Beziehungskrisen latent vorhandene Vorerkrankungen akut werden lassen. In diesen Fällen ist es nicht möglich, mit Hilfe der Methodik der Mediation zu einer Lösung zu kommen, weil die psychische Störung dem Medianden nicht die nötige Handlungsfreiheit erlaubt und/oder seine Erkenntnisfähigkeit einschränkt. Damit der Mediator die Parteien dabei unterstützen kann, den "richtigen Weg" einzuschlagen, muss er seine eigenen Grenzen kennen. Hier hängt vieles von der Aus-

bildung und dem individuellen psychologischen Gespür ab. Er sollte wissen, was ein Psychologe zu leisten vermag und worin seine Aufgabe besteht.

[308] Der große Vorteil einer Mediation liegt darin, dass sie alle Aspekte einbeziehen kann, also nicht nur die juristische Sicht auf die Trennung, sondern auch die psychologische Sicht. Deshalb ist es erstaunlich, dass die vom Gesetzgeber vorgegebenen Ausbildungsrichtlinien dem "Recht *in* der Mediation" ein Ausbildungsvolumen von 10% einräumen, und der Abgrenzung zu anderen Formen der alternativen Konfliktbeilegungsverfahren, das mit der Einführung und den Grundlagen der Mediation immerhin 15% ausmachen soll, aber keinen Stellenwert für das Wissen um die soziologischen und psychologischen Hintergründe von Beziehungen einräumt. beziehungsfragen, die eine häufige Konfliktursache darstellen, werden nicht einmal erwähnt. Das psychologische Wissen wird lediglich auf die Verhandlungs-, Kommunikations-, und Wahrnehmungspsychologie abgestellt [980].

Abgrenzung zum Coaching

[309] Noch näher zur Mediation als die Therapie ist das Coaching. Der Begriff Coaching stammt vom englischen „to coach“ (betreuen, trainieren) und bezeichnet den Prozess der Entwicklung von Fertigkeiten (Skills)³⁵⁰. Das Coaching unterfällt der Beratung. Nicht selten muss der Mediator die Parteien dahingehend unterstützen, sich den Gesprächen überhaupt zu stellen oder den Gegner an

³⁵⁰ Wikipedia (Begriff), Coaching

den Tisch zu bekommen. Der Grundsatz: „Wenn ich will, dass der Andere sein Verhalten ändert, muss ich mein eigenes Verhalten ändern“ erfordert mitunter eine dahingehende Unterstützung und Beratung. Hier gelten die Ausführungen zur Therapie. Dient die Maßnahme zur Sicherung und Durchführung des Verfahrens, ist sie auch in der Mediation zulässig. Erfolgt sie einseitig, dann ist sie geboten, soweit der Grundsatz der Allparteilichkeit [705] dies erwarten lässt. Geht sie darüber hinaus, kollidiert sie mit dem Grundsatz der Neutralität und ist als ein Mediationsfehler zu bewerten.

[310] Verfahrensfremdes Coaching

[311] Oft geschieht es, dass nach einer erfolgreichen Mediation ein Nachbehandlungsbedarf entsteht. Beispielsweise wenn sich ein Paar geeinigt hat, aber in alte Verhaltensmuster zurückzufallen droht. In diesen Fällen bietet es sich an, eine Therapie oder ein Coaching an die Mediation anzuhängen. Hier sind die Grenzen des Tätigkeitsverbots gem. § 3 zu beachten [870].

Abgrenzung zur organisationsinternen Mediation

[312] Streitschlichtung findet auch innerhalb von Organisationen oder Betrieben statt. Nicht immer wird hier ein externer Mediator beauftragt. Näher liegend sind Versuche, Mitarbeiter oder Mitschüler als Mediatoren in Systeme zu integrieren. Ein Beispiel dafür sind die Konfliktlotsen. Dabei handelt es sich meist um Anlaufstellen, die in Organisationen zur Konfliktbeilegung vorgehalten werden. Das Mediationsgesetz ist auch in diesen Fällen anwendbar, wenn seine Voraussetzungen vorliegen

[189]. Gegebenenfalls sind strukturelle Anforderungen an das Arbeitsverhältnis zu stellen, so dass die Unabhängigkeit, die Neutralität und die Verschwiegenheitsverpflichtung gewährleistet sind.

Abgrenzung zur Schulmediation

[313] Auch die Schulmediation erfordert eine Einigung über das Verfahren, wenn sie nach den Regeln der Kunst durchgeführt wird. Die Problematik, ob und inwieweit ein Minderjähriger überhaupt einen Dienstvertrag abschließen kann, stellt - rechtlich betrachtet - nicht wirklich einen Hinderungsgrund dar; ebenso wenig die Tatsache, dass diese Mediationen kostenlos angeboten werden. Ohne eine vertragliche Causa [218] reduziert sich der Verhandlungsvertrag auf die MDV, die ebenfalls eine Vereinbarung mit rechtserheblichem Gehalt darstellt [407]. Das Mediationsgesetz soll auf die Schulmediation jedoch nicht anzuwenden sein [746]ff.

Abgrenzung zur privaten Streitvermittlung

[314] Der Streit beschreibt eine heftige Auseinandersetzung [663]. Er ist ein Teil des Alltags und kommt in den besten Familien vor³⁵¹. Menschen wären hilflos gestellt, wenn sie ihren Streit nur noch mit professioneller Hilfe abwickeln könnten. Sie wären bereichert, wenn sie mehr eigene Kompetenz zur Streitbeilegung entwickeln wür-

³⁵¹ Redewendung steht für: Das ist nicht schlimm; Das ist nichts Besonderes; Das kann jedem passieren. Siehe [http://www.redensarten-index.de/suche.php?suchbegriff=~~Das%20kommt%20in%20den%20besten%20Familien%20vor&bool=relevanz&suchspalte\[\]=rart_ou](http://www.redensarten-index.de/suche.php?suchbegriff=~~Das%20kommt%20in%20den%20besten%20Familien%20vor&bool=relevanz&suchspalte[]=rart_ou) abgelesen am 21.9.2012

den. Die Mediation muss sich deshalb damit auseinandersetzen, inwieweit sie den Professionen und inwieweit sie den Menschen zur Verfügung steht. Die Grenzen zwischen privater und professioneller Nutzung sind fließend. Sie ergeben ein weiteres Spannungsfeld

[315] Das Spannungsverhältnis zwischen privatem und professionellem Gebrauch der Mediation sollte nicht unterschätzt werden. Nachfrage nach professioneller Mediation setzt Menschen voraus, die einen Konflikt haben, den sie selbst nicht lösen können. Je mehr Nachfrage gewünscht wird, desto mehr sind Menschen gewünscht, die ihren Konflikt selbst *nicht* lösen können. Hier besteht die Gefahr, dass Mediatoren in dem Interesse den Nachfragebedarf zu vermitteln, den Menschen zwar Autonomie zugestehen, ihnen aber auch eine gewisse Unfähigkeit vor Augen führen, den Konflikt selbst zu lösen.

[316] Es wäre kein Dienst an der Menschheit, wenn den Menschen das Bedürfnis nach Kooperation genommen wird. Ein Dienst an der Menschheit ist es jedoch, wo Räume für die Kooperation geschaffen werden. Besonders dann, wenn dieser Raum den Menschen selbst nicht mehr zugänglich ist. Die private Mediation *muss* möglich bleiben, damit soziale Beziehungen nicht ihrer natürlichen Aufgabe entledigt werden. Hier bedarf es einer klaren Grenze, wo private Streitschlichtung endet und die professionelle Streitvermittlung beginnt. Die rechtliche Grenze zwischen privater und professioneller Mediation findet sich in § 1 i.V.m. § 6 des Mediationsgesetzes. § 6 geht davon aus, dass der Mediator eine geeignete Ausbildung nachweisen kann und über Kernkompetenzen ver-

fügt [723]. Die Vorschrift hat Auswirkungen auf die Frage der Anwendbarkeit des Gesetzes [746][952].

[317] Die Grenze zwischen privater und professioneller Mediation ergibt sich aus dem zugrunde liegenden Mediationsvertrag und in dem dort zum Ausdruck kommenden Rechtsbindungswillen³⁵². Ein versierter Mediator wird schon wegen § 3 Abs. 1 die Grenze zur privaten Hilfeleistung deutlich ziehen und seine Rolle ebenso wie die Vertrags- und Verfahrensbedingungen eindeutig festzulegen wissen. Wenn er die Mediation kostenlos anbietet, dann wird er zwischen dem Auftrag i.S.d. § 662 BGB und der durchaus auch Rechtsfolgen auslösenden Gefälligkeit zu unterscheiden haben.

✎ Unklare Abgrenzung zur privaten Hilfe

Der Vertragsabschluss

[318] Eine ausführliche Darlegung der möglichen und gebotenen Vereinbarungen in der Mediation mit Formulierungsvorschlägen enthalten die Ausführungen zum Mediationsvertrag³⁵³. Auf sie soll verwiesen werden, nicht jedoch ohne auf die wichtigsten rechtlichen Herleitungen einzugehen. Die als Vorlagen angebotenen Musterverträge³⁵⁴ differenzieren in der Regel (noch) nicht, wie hier vorgeschlagen, zwischen der Causa [218], also dem konstituierenden Mediationsvertrag (MV), und der operativen Mediationsdurchführungsvereinbarung (MDV). Sie gehen von dem Regelfall aus, dass der Mediator von den

³⁵² RG JW 1915, 19

³⁵³ *Trossen / Diedrich* (Mediationsvertrag)

³⁵⁴ DGM Mustervertrag dl 23.5.2013

Medianden beauftragt und honoriert wird. Der Regelfall vereinfacht die juristische Umsetzung, indem der Mediationsvertrag und die MDV in einem Dokument zusammengeführt sind. Bei komplexen Fällen, etwa wenn Auftraggeber und Medianden auseinanderfallen [204][319], oder bei einer rechtlich abweichenden Causa [217], ist eine Differenzierung jedoch unumgänglich. Sie wird zur besseren Systematik [219] stets empfohlen. Immerhin erleichtert sie es den Parteien, die zur Durchführung des Verfahrens bestimmten Vorschriften zu identifizieren und von denjenigen Vereinbarungen zu trennen, aus denen sich die jeweiligen Verpflichtungen ableiten lassen.

☐ Trennung Causa und MDV

Die Vertragsparteien

[319] Die zu differenzierenden Rechtsbeziehungen [171] bilden unterschiedliche Parteistellungen aus [204]. Demzufolge gibt es unterschiedliche Anforderungen an die Vertragsparteien des MV und der MDV. Im Mediationsvertrag (MV), um den es zunächst gehen soll, treten sich stets ein Auftraggeber und ein Auftragnehmer als Vertragsparteien (etwa des Dienstvertrages) gegenüber. Im Idealfall sind die Vertragsparteien des Mediationsvertrages identisch mit den Akteuren. Vertrags- und Prozessparteien (Akteure) können jedoch auseinanderfallen. Nicht selten kommt es vor, dass der Auftraggeber und die Teilnehmer an der Mediation (Medianden), genau wie der Auftragnehmer und die Mediatoren, *nicht* identisch sind. Die Lösung ergibt sich aus dem Erfüllungsprinzip, das zwischen der Causa (Rechtsgrundvereinbarungen) und der Vollziehung (Verfahrensvereinbarungen) diffe-

renziert. Die Auftraggeber werden Vertragsparteien des MV und die Medianden werden Vertragsparteien der MDV. Sind die Medianden zugleich die Auftraggeber, sollte der MV mit beiden - gegebenenfalls auch unabhängig voneinander - geschlossen werden.

[320] Im Regelfall wird jeder Mediand als Auftraggeber Partei des Mediationsvertrages. Wenn nur eine Partei die Zahlungsverpflichtung übernimmt, mag trotzdem davon ausgegangen werden, dass beide Parteien auch Vertragsparteien des Mediationsvertrages sind. Das ist möglich, wenn der Mediator mit der einen Partei einen Dienstvertrag i.S.d. § 611 BGB und mit der anderen Partei einen Auftrag i.S.d. § 662 BGB vereinbart. Möglich ist es auch, beide Parteien als gesamtschuldnerisch haftende Vertragsparteien einzubinden, wobei im Innenverhältnis die Honorarübernahme durch die leistungsfähige Partei vereinbart wird. Schließlich ergibt sich die Option, dass ein Dritter, etwa der Arbeitgeber die Mediation zur Beilegung eines Konfliktes seiner Mitarbeiter bestellt und bezahlt (Donatormediation [140]). Dann wird der Arbeitgeber Partei des Mediationsvertrages.

[321] Auf der Seite der Auftragnehmer stehen ein oder mehrere Mediatoren zur Verfügung. Auch hier ist es möglich, statt der Mediatoren selbst, eine Mediationsfirma als juristische Person zu verpflichten. In dem Fall wird die Mediationsfirma Vertragspartei des MV. Die Mediatoren werden Partei der MDV.

Rechtsfähigkeit

Die Rechts- und Parteifähigkeit ist eine allgemeine Voraussetzung zum Abschluss von Verträgen. Die Rechtsfähigkeit ist in § 1 BGB definiert. Jeder Mensch ist rechtsfähig. Jeder Mensch kann also Träger von Rechten und Pflichten, mithin Vertragspartei sein. Auch juristische Personen können Parteien des Mediationsvertrages sein. Juristische Personen sind rechtsförmige Entitäten, wie z.B. ein rechtsfähiger Verein (e.V.), eine AG oder eine GmbH.

Parteifähigkeit

[322] Partei eines Mediationsvertrages kann theoretisch jede rechtsfähige Person sein. Dagegen kann die in das Verfahren eingebundene Partei, also die Vertragspartei der MDV, nur eine natürliche Person sein. Weitere spezifische Anforderungen an die Parteifähigkeit werden zusammen mit der MDV erörtert werden [410].

Geschäftsfähigkeit

[323] Damit die Vertragsparteien wirksam in den Mediationsvertrag einwilligen können, müssen sie geschäftsfähig sein. Nach deutschem Recht sind Kinder bis zu 7 Jahren grundsätzlich nicht geschäftsfähig. Sie können also selbst keinen Vertrag abschließen. Jugendliche vom 7. bis zum 18. Lebensjahr sind beschränkt geschäftsfähig. Sie bedürfen nach § 107 BGB zu einer Willenserklärung, durch die sie nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangen, der Einwilligung ihres gesetzlichen Vertreters. Wenn der Minderjährige an einem Mediationsvertrag ge-

gen die Eltern beteiligt ist, dann können nur beide Eltern die Einwilligung für das Kind erklären. Die Vertretungsberechtigung des Kindes ergibt sich aus § 1629 BGB. Sie wird eingeschränkt nach § 1795 BGB, wenn sich eine Interessenkollision mit dem Vertretenen ergibt. Da die Einwilligung in eine Mediation selbst in den Fällen des § 1795 keine derartige Interessenkollision hervorruft, ist sie ohne die Notwendigkeit einen Vormund zu bestellen möglich. Dies gilt indes nicht für MDV, die diese Gegenstände betrifft.

✎ Unterlassene Prüfung der Geschäftsfähigkeit

[324] In jedem Fall hat der Mediator die Geschäftsfähigkeit zu prüfen. Er sollte sich deshalb nach der Inhaberschaft der elterlichen Sorge informieren, wenn nur ein Elternteil der Mediation mit dem Kind zustimmt. Löst der Mediationsvertrag für den Minderjährigen keine Honorarverpflichtung aus, dann kann er als rechtlich vorteilhaft angesehen werden. In dem Fall ist er ohne die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters zulässig. Ob und inwieweit es in der Mediation zulässig ist, die Partei einseitig von Kosten zu befreien, wird im Zusammenhang mit der Vergütung [344] thematisiert.

✎ Gesetzliche Vertretung nicht geprüft

[325] Die Geschäftsunfähigkeit verhindert nicht die Möglichkeit eines Vertragsabschlusses. Sie erwartet aber, dass der gesetzliche Vertreter den Vertrag genehmigt. Gravierende Auswirkungen ergeben sich auf die so genannte Schul- oder Peer-Mediation [125]. Bei der Peer-Mediation sind meist sowohl der Mediator wie die Medianten nur beschränkt geschäftsfähig.

[326] Nach dem expliziten Wortlaut des Gesetzes ist die Peer-Mediation zumindest nicht ausgeschlossen. Lediglich der Hinweis in der Begründung, dass der Gesetzgeber berufsrechtliche Fragen regeln wollte³⁵⁵, spricht gegen die Anwendung des Mediationsgesetzes. Allerdings hat der Gesetzgeber explizit darauf verzichtet, die Anwendung des Gesetzes auf die *Berufstätigkeit* des Mediators zu beschränken³⁵⁶.

✎ Abgrenzung zur "praktischen" Mediation

[327] Anders als für den Mediator ist die Mediation für den minderjährigen Mediator keinesfalls lediglich vorteilhaft i.S.d. § 107 BGB. Dem Mediator obliegen Pflichten. Allein die Verschwiegenheitspflicht ist eine Pflicht, die zumindest unter rechtlichen Gesichtspunkten belastend wirkt. Generell steht die beschränkte Geschäftsfähigkeit einer Berufstätigkeit des Jugendlichen nicht im Wege. § 112 BGB besagt: "Ermächtigt der gesetzliche Vertreter mit Genehmigung des Familiengerichts den Minderjährigen zum selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts, so ist der Minderjährige für solche Rechtsgeschäfte unbeschränkt geschäftsfähig, welche der Geschäftsbetrieb mit sich bringt".

Das Zustandekommen des Vertrages

[328] Die Vorstellung, dass die Mediation erst *nach* Abschluss der Vertragsverhandlungen und *vor* Beginn der Phase eins durch Unterzeichnung des Mediationsvertra-

³⁵⁵ BT-Drucks. 17/5335, Seite 29

³⁵⁶ Greger in Greger/Unberath Teil 2, § 1 Rdnr. 70, BT-Drucks. 17/5335, Seite 14 und der Gesetzestext

ges entsteht, relativiert sich in der Praxis. Bereits bevor die Phase eins aufgerufen werden kann, gibt es Aktivitäten des Mediators. Sie werden der **Vorphase** zugeordnet. Die Vorphase wiederum unterscheidet zwischen der Akquisephase und der Phase der Mediationsvertragsverhandlung. Die Differenzierung ist geboten, weil es zu Überschneidungen kommt.

[329] Auch aus juristischer Sicht bedarf die Unterscheidung zwischen der Akquise und der Mediationsverhandlungsphase oder gar der anschließenden Mediation eines besonderen Augenmerks. Die Akquise beschreibt den ersten Kundenkontakt. Bereits hier tauchen Probleme auf, die den Mediator zu einem Fehlverhalten verleiten. Ursache ist sein Rollenkonflikt. Während der Akquise fungiert der Mediator primär noch nicht als der neutrale Vermittler zwischen den Fronten. Jetzt ist er nicht viel mehr als ein Verkäufer, der einem interessierten Kunden seine Dienstleistung nahebringen will. Es ist eine Phase der besonderen Herausforderung, weil der Mediator die eigenen Interessen zurückstellen muss, um die Parteien selbstlos über das für sie bestmögliche Verfahren der Konfliktbeilegung zu beraten. **In jedem Fall sollte sich der Mediator bewusst sein, dass die Anbahnung eines Mediationsvertrages schon einen mediativen Charakter hat.** Bereits hier beginnt das Schuldverhältnis nach § 241 Abs. 2 BGB. Es entsteht durch die Aufnahme von Vertragsverhandlungen oder die Anbahnung eines Vertrags. Die Regeln des Culpa in Contrahendo (c.i.c.), dem Verschulden bei Vertragsabschluss, kommen zur Anwendung.

✎ Egoistische Prozessberatung

[330] Die Akquise endet in dem Moment, wo sich die Medianden noch im Vorfeld des Abschlusses des Mediationsvertrages an den Mediator wenden. Möglicherweise kommt es zu einem ersten Informationsgespräch. Die Phase null, wie dieser noch vor der Mediation liegende Abschnitt bezeichnet wird, zeichnet sich dadurch aus, dass die Mediation nur ganz allgemein erklärt wird: es gibt nur sehr vage Hinweise auf den konkreten Fall, gerade so wenig wie notwendig, um die Geeignetheit und die Zulässigkeit der Mediation zu prüfen. Das Erstgespräch wird bereits Elemente der Phase eins enthalten, obwohl der Mediationsvertrag noch nicht zustande gekommen ist. Nach der hier vertretenen Auffassung handelt es sich auch bei den vorbereitenden Akquisegesprächen um so genannte Einzelgespräche [803].

[331] **Berater müssen in dieser Phase besonders vorsichtig sein.** Sie müssen sich entscheiden, ob sie entweder eine Mediation oder eine Beratung anbieten. Das gleiche gilt für Therapeuten. Besonders ein Anwaltsmediator könnte wegen der Informationen, die er in dieser Vorphase erhält, daran gehindert werden, eine Einzelvertretung anzubieten, wenn er dadurch in eine Interessenkollision gerät.

✎ Unzulässige Beratung bei Vertragsanbahnung

[332] Es gibt ganz unterschiedliche Situationen, wann und wie die Vertragsverhandlungen abgeschlossen werden. Sie erlauben juristisch abweichende Einschätzungen, welche die Vorgehensweise in der Mediation und den Mediationsbeginn [335] beeinflussen.

- Fall 1: Die Partei erklärt sich am Telefon einverstanden, mit dem Gegner zu einem kostenlosen Vorgespräch zu erscheinen, in dem alles besprochen wird. Ein Vertrag ist damit noch nicht zustande gekommen, er muss noch verhandelt werden.
- Fall 2: Die Partei erklärt sich am Telefon mit der Mediation einverstanden, auch mit dem Honorar und den schon abgestimmten äußeren Bedingungen. Sie verspricht den Gegner zum Termin mitzubringen. Im Grunde sind jetzt alle Merkmale eines Dienstvertrages verhandelt. Die Dienste (Mediation durchführen) sind geklärt, es gibt Vertragsparteien und das Honorar ist abgestimmt. Für das Zustandekommen einer Mediation kommt es aber darauf an, dass alle bezeichneten Medianden zustimmend einbezogen werden. Der Gegner muss also auch in den Vertrag eingebunden werden.
- Fall 3: Ein Arbeitgeber bestellt eine Mediation für die Mitarbeiter in einer Abteilung seines Betriebes. Der Arbeitgeber selbst ist zwar der Auftraggeber aber kein Mediand.

[333] Vertragsverhandlungen müssen sich auf alle wesensbestimmenden Merkmale eines Vertrags beziehen. Fehlt eines der Merkmale, dann liegt ein offener Dissens, also ein Einigungsmangel, vor und ein Vertrag kommt nicht zustande. Für einen Dienstvertrag genügt es, sich über die Dienste und das Honorar zu einigen. Es wäre also ausreichend, zu vereinbaren: "Die Parteien (Medianden und Mediator) vereinbaren eine Mediation für ein

Honorar ihr xxx EUR". Damit wandelt sich der offene Dissens in einen versteckten Dissens, wenn den Parteien nicht klar ist, was Mediation bedeutet. Bei einem offenen Dissens kommt ein Vertrag nicht zustande. Ein versteckter Dissens eröffnet die Möglichkeit einer Vertragsanfechtung. Mit der Regelung des § 2 Abs. 2 mag ein versteckter Dissens verhindert werden. Auch unabhängig von allen juristischen Erwägungen würde der Mediator schon um das Verfahrensritual [21] durchzuführen, es nicht darauf ankommen lassen, einen Mediationsvertrag abzuschließen, ohne die Inhalte genau abzustimmen und ohne sich zu vergewissern, dass die Parteien diese auch verstanden und gewollt haben.

✎ Mediation(svertrag) wird nicht besprochen

[334] Das Gesetz geht offenbar von einem davon abweichenden Mediatorentyp aus. Es scheint zu akzeptieren, dass ein MV oder eine MDV zustande kommen, ohne dass die Parteien sich über wesentliche Aspekte des Verfahrens geeinigt haben. Anderenfalls wäre die Verpflichtung, sich über die Freiwilligkeit zu vergewissern oder die Erlaubnis, den Mediator gem. § 2 Abs. 1 wählen zu dürfen, überflüssig. Zutreffender Weise ist davon auszugehen, dass ein Vertrag entweder als MV oder als MDV erforderlich ist, um die Mediation als ein Prozessrechtsverhältnis zu begründen, das professionellen Anforderungen standhalten kann. Sinnvoll ist die Anknüpfung an einen schriftlichen Vertrag. Er böte ein ebenso eindeutiges wie wirksames Mittel, um die notwendige Vereinbarung herbeizuführen und zugleich zwischen der professionellen

Mediation und anderen, wie z.B. den faktischen Mediationen zu differenzieren.

✍ Schriftform und Vertrag als Bedingung

Der Beginn der Mediation

[335] Auch wenn schon während der Akquisephase Rechtsbeziehungen begründet werden [329], ist damit der Mediationsvertrag (MV) noch lange nicht geschlossen. Bevor es dazu kommt, werden Gespräche geführt, die indirekt und faktisch durchaus schon ein Bestandteil der Mediation sind. Der Mediator wird die Rahmenbedingungen und den Ablauf der Mediation erklären, damit die Parteien gegebenenfalls eine ausreichende Grundlage haben, sich für die Mediation zu entscheiden. Besonders in Beziehungskonflikten lässt ein besonnener Mediator einen Vertragsabschluss nicht zu, bevor er die Medianten kennen gelernt hat und diese Gelegenheit gefunden haben, ihr in § 2 Abs. 1 festgelegtes Wahlrecht auszuüben. Rechtlich betrachtet müssen diese Maßnahmen, auch wenn sie formal betrachtet noch vor dem MV liegen, mediationsrechtlichen Überprüfungen standhalten können. **Vor der Mediation ist in der Mediation** heißt die Devise. Überschneidungen zwischen den Vorgesprächen und der Mediation ergeben sich immer dann, wenn die Verhandlungen über den Mediationsvertrag schon Elemente enthalten, die originär der Phase eins zugeordnet sind. Eine klare Unterscheidung wird möglich, wenn zwischen der Mediation an und für sich (MDV) und ihrer Legitimation (MV) unterschieden wird [788]. Auf der Basis des grundsätzlichen Einvernehmens erfolgt nicht nur die Bereitschaftserklärung, sondern auch die Ausgestaltung

der Mediation über Vereinbarungen, die spätestens in der Phase eins anzubringen sind.

📄 Mediationsvertrag unerlässlich

[336] Weil die Mediation nur durch einen Mediationsvertrag legitimiert werden kann, ist der *Antrag*, eine Mediation durchzuführen, nichts anderes als der **Antrag auf Abschluss eines Vertrages** i.S.d. § 145 BGB. Eine in der Mediationsordnung der IHK³⁵⁷ eingeführte Formulierung: „Das Verfahren wird durch den Antrag auf Durchführung des Mediationsverfahrens mindestens einer Partei beim Mediationszentrum eingeleitet“ ist irreführend. Sie kann nur das der Mediation vorgeschaltete Clearing-Verfahren³⁵⁸ betreffen, wenn sie nicht rechtswidrig sein will [1138]. Die Klausel mag dahingehend auszulegen sein, dass Maßnahmen, die innerhalb der Pre-Mediationsphase vorgenommen werden, der Mediation zuzuordnen sind. Sie sollen am Mediationsrecht ausgerichtet und beurteilt werden. Formell beginnt die Mediation immer erst mit der Unterzeichnung des MV bzw. mit der in der MDV erklärten Zustimmung.

[337] Falls nur eine Partei Interesse an einer Mediation zeigt, kann es zu Vorgesprächen und gegebenenfalls sogar Ermittlungen kommen, bei denen der Mediator mit der interessierten Partei Strategien abstimmt, wie die Gegenseite an den Verhandlungstisch zu bekommen ist [309]. Es handelt sich dann um **Sondierungsgespräche**,

³⁵⁷ Neufassung der Mediationsordnung einschließlich der Kostenordnung, „Wirtschaft – das IHK-Magazin für München und Oberbayern“ 01/2013 unter Veröffentlichungen und Bekanntmachungen

³⁵⁸ *Trossen / Diedrich* (Mediationsvertrag), S. 138

die durchaus beratenden Inhalt haben können. In jedem Fall ist die nicht anwesende Partei gem. § 3 Abs. 1 im Nachgang zu informieren, damit die Neutralität des Mediators nicht in Frage steht. Wenn sich der Mediator auf aktive Vorermittlungen einlässt oder sich um abgestimmte Versuche der Kontaktaufnahme bemüht, muss er die Gegenseite über die Aktivitäten informieren, sobald sich die Gelegenheit ergibt. Unterlässt er diese Information, stellt dies einen Mediationsfehler dar. Ein Verstoß gegen § 3 Abs. 2 wird nicht angenommen³⁵⁹.

✎ Unterlassene Information über Vorgespräche

[338] So wie es Überschneidungen des MV oder der MDV mit Vorgesprächen geben mag, so gibt es auch Überschneidungen mit nachfolgenden Vereinbarungen, die in den Mediationsabreden (MA) verfasst werden. Im Mediationsvertrag (MV) werden lediglich die Rahmenbedingungen festgelegt. Manche Bedingungen und Regeln werden erst nach Abschluss und ergänzend zum MV bzw. zur MDV innerhalb der Phase eins oder gar erst in Phase zwei vereinbart. Um den offenen Charakter der Vereinbarungen zu betonen, und um die vertraglich notwendige Legitimation nachfolgender Vereinbarungen auch formal abzubilden, sollten die Mediationsabreden sowie die in Phase eins evtl. festzulegenden Regeln und die in Phase zwei zu vereinbarenden Themen ausdrücklich im MV und in der MDV vorbehalten werden³⁶⁰.

📄 Verweis auf Phase 1 und 2 (Regeln und Themen)

³⁵⁹ So die Begründung S. 25.

³⁶⁰ *Trossen / Diedrich* (Mediationsvertrag), S. 60

Die Formvorschriften

[339] Irgendwelche Formvorschriften hat der Gesetzgeber für die Mediation nicht vorgesehen. Ausnahmen können sich aus berufsrechtlichen Vorschriften ergeben. Notare sind gem. § 126 Abs. 2 GNotKG zur Schriftform verpflichtet. Anwälte sind zwar nach § 34 RVG zu einer schriftlichen Gebührenvereinbarung verpflichtet. Die Vorschrift gilt nach § 3a RVG Abs. 1 S. 3 jedoch nicht für Mediatoren. Der Grundsatz lautet: **Ein Mediationsvertrag kann auch mündlich geschlossen werden.** Bei einer professionell durchgeführten Mediation wird die Schriftlichkeit jedoch nahe gelegt. Die Schriftform könnte ein Kriterium für die Abgrenzung der professionellen Mediation von der faktischen Mediation sein, indem sie die Ernsthaftigkeit der eingegangenen Verpflichtungen und somit den Rechtsbindungswillen [757] zum Ausdruck bringt.

☞ Schriftform

[340] Sicherlich gibt es kurze und einfache Mediationen, bei denen man sich fragt, ob sich überhaupt der Aufwand lohnt, lange Vertragsformulare auszuhandeln. Trotzdem ist es sinnvoll, den MV bzw. die MDV bei professionell zu führenden Mediationen stets schriftlich abzufassen. Den Parteien müssen bestimmte Rechte und Optionen bewusst sein. Wenn sie schriftlich fixiert sind, ist sichergestellt, dass ihre Bedeutung dementsprechend unterstrichen wird. Die schriftliche Ausgestaltung des MV bzw. der MDV ermöglicht darüber hinaus den Nachweis der Informations- und Offenbarungspflichten [790].

Der Vertragsinhalt

Die im MV festzulegende Causa [218] betrifft den mediativen Leistungsaustausch, der sich auf die Formel Honorar gegen Mediation reduzieren lässt. Im Mittelpunkt stehen die Dienstverpflichtung des Auftragnehmers und die Vergütungspflicht des Auftraggebers³⁶¹. Der MV reguliert weiterhin die Arbeitsbedingungen, denen sich die durchzuführende Mediation anzupassen hat.

Die Dienstverpflichtung

[341] Die Qualifikation der **Dienstverpflichtung** des Mediators ist sowohl Ausfluss und Indikation des anzuwendenden Vertragsrechts. Sie zu beantworten, verhilft nicht nur zu der nötigen (präzisen) Klarheit über den Auftrag, sondern auch, die Mediation bedarfsgerecht zu präsentieren³⁶² und das Verfahrensritual [21] korrekt zu indizieren. Bei einem Rechtsanwalt beispielsweise ist es dem Klienten völlig klar und einsichtig, dass er dessen Wissen und Kompetenz benötigt, um die anliegenden Rechtsfragen korrekt zu beantworten und gegebenenfalls effizient umzusetzen. Die anwaltlichen Dienste werden benötigt, weil die Kommunikation mit dem Gericht spezifisch ist und Fachkenntnisse erfordert. Anders als bei einem Rechtsanwalt ist es dem Medianden ganz und gar nicht klar, was der Mediator leistet, wozu er benötigt wird, und was der Mediand dementsprechend nicht zu leisten in der Lage ist. Die Ansage, der Mediator hätte eine Ausbildung in Kommunikation absolviert und sei deshalb in der

³⁶¹ Trossen / Diedrich (Mediationsvertrag), S. 12

³⁶² Ausführungen zur Nachfrage: Trossen (Mediation professionell)

Lage, die Einigung herbeizuführen, ist schon im Ansatz falsch. Sie würde auch die Partei nicht überzeugen können. Der Mediator wird kaum annehmen, dass er nicht in der Lage sei, die Angelegenheit sachlich zu betrachten und die Realität zu erkennen. Er wird eher davon ausgehen, dass es die Gegenseite sei, die einer Unterstützung bedarf.

[342] Was aber genau schuldet der Mediator seinen Medianten? Tatsächlich schuldet er dem Medianten den Dienst, ihn durch einen gedanklichen Prozess (Erkenntnisprozess) zu schleusen, der es ihm ermöglicht, die Fakten neu und anders zu bewerten, um Raum für andere Lösungen (als die Positionen) zu finden. **Bedarfsorientiert und kommunikationswissenschaftlich formuliert, schuldet der Mediator den Medianten die neutrale Meta- und Gesamtsicht auf die Fakten, das präzise Nachvollziehen der Gedanken, das Aufdecken des nicht Sichtbaren, das Verstehen, was gemeint ist und die Vermittlung all dessen an die Gegenseite in einer Weise, die für sie ebenfalls verständlich ist.** Wie der Mediator dieser Verpflichtung nachkommen kann, beschreibt die Mediation. Um diesen Prozess möglichst reibungsfrei zu ermöglichen, schuldet er darüber hinaus die Moderation der Verhandlung und gegebenenfalls die Organisation der Gespräche. Geschuldet werden auch die neutrale Distanz, die Schaffung eines Verhandlungsklimas und die Unterstützung bei der selbstverantwortlichen Suche nach Lösungen. Das mediative Element ist stets die Vermittlung des *Verstandenen* oder, besser gesagt, des *Verstehbaren*. Diese Sicht und Distanz ist dem Betroffenen überall dort verwehrt, wo er nicht selbst in

der Lage ist, die Metaebene einzunehmen. Im Grunde könnte man sagen, der Mediator schuldet die Reflexion aus der Metasicht (von der die Medianden zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses u.U. nicht wissen, dass sie existiert, bzw. keine Vorstellung davon haben, wie diese aussehen könnte).

[343] Auf Grund seines dienstvertraglichen Charakters schuldet der Mediator nur die versprochenen Dienste. Anders als bei einem Werkvertrag schuldet er *keinen* Erfolg. Naheliegender ist es deshalb, den Erfolg der Mediation über ihre Zielerreichung, mithin das Finden einer allseits befriedigenden Lösung zu definieren. Viele Mediatoren sehen den Erfolg im Zustandekommen der Abschlussvereinbarung [457]. Tatsächlich ist die Abschlussvereinbarung nicht mehr als ein Indiz. Folgende Fälle zu unterscheiden:

- Es ist zweifellos ein Erfolg, wenn die Mediation zu einer Einigung führt, die auch zum vereinbarten Mediationsmodell passt. Das Mediationsmodell gibt die Einigungstiefe nach den Eckdaten des Streitkontinuums vor [80]. Daraus ergibt sich, ob lediglich eine Problem- oder eine Konfliktlösung angestrebt wurde und inwieweit sich die Lösungssuche auf Positionen, Interessen oder Bedürfnisse eingelassen hat.
- Angestrebt wird ein Konsens. Wird stattdessen nur ein Kompromiss erzielt, ist dies als ein Misserfolg der Mediation anzusehen. Ein Kompromiss kann nur dann als Erfolg gelten, wenn mit den Medianden ein Einvernehmen dahingehend er-

zielt wurde, dass ein Kompromiss als solcher akzeptiert wird.

- Bei der transformativen Mediation [94] steht der Erkenntnisgewinn im Vordergrund. Wenn etwa ein Paar in einer Trennungsmediation überraschenderweise erkannt hat, dass es doch nicht geschieden sein müsste, die Mediation aber aus Kostengründen nach dieser bewegenden Erkenntnis abbricht ohne die Schlussvereinbarung abzuwarten, dann ist die Mediation durchaus zwar erfolgreich, wenn auch nicht als abgeschlossen zu bezeichnen. Der Erfolg der transformativen Mediation liegt im Erkenntnisgewinn, nicht in der Abschlussvereinbarung.
- Selbst wenn eine Abschlussvereinbarung nicht zustande kommt, ist die Mediation zwar gescheitert. Wenn dadurch eine ungewollte Vereinbarung verhindert wurde, ist der Abbruch der Mediation als ein Beleg für ihr Funktionieren also durchaus als Erfolg für die Mediation zu bewerten.

Die Vergütung

[344] Als Gegenleistung für die Dienste des Mediators übernehmen der oder die Auftraggeber eine Pflicht, den Mediator bzw. die Mediatoren oder die Auftragnehmer zu vergüten. Eine weitergehende *Verpflichtung* zur Mitwirkung gibt es nicht. Ihre Mitwirkung folgt der Verhandlungsbereitschaft. Die Festschreibung einer Mitwirkungspflicht etwa in der MV oder der MDV darf dem Grundsatz der Freiwilligkeit [673] nicht widersprechen.

[345] § 612 BGB besagt, dass eine Vergütung als stillschweigend vereinbart gilt, wenn die Dienstleistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist. In jedem Fall empfiehlt sich die Klarstellung, ob und gegebenenfalls welche Vergütung erwartet wird. Sie ist Teil des Mediationsvertrages. Da viele Mediationen auch kostenlos angeboten werden, sollten die Umstände, die eine Vergütung erwarten lassen, dementsprechend deutlich vorgetragen werden. § 612 Absatz 2 führt fort: „Ist die Höhe der Vergütung nicht bestimmt, so ist bei dem Bestehen einer Taxe die taxmäßige Vergütung, in Ermangelung einer Taxe die übliche Vergütung als vereinbart anzusehen“. Hier setzt sich das Problem fort. Eine übliche Vergütung für Mediation gibt es nicht. Üblich sind stark voneinander abweichende Zeithonorare [355], die Stunden oder Sitzungen abrechnen.

Kostenquotelung

[346] Im juristischen Verfahren orientiert sich die Kostentlast üblicherweise am Prozessausgang. Dort werden die Kosten im Verhältnis des Obsiegens und Unterliegens geteilt. Zwar wäre eine Kostenquotelung rechtlich auch in der Mediation zulässig, dann aber hat sie nach Kopfteilen zu erfolgen. Eine obsiegensabhängige Kostenverteilung widerspricht dem Konzept der Mediation und mithin ihrem Wesen [39]. Die Mediation geht von einem Win-Win Ergebnis aus, bei dem zumindest im Idealplan beide Parteien im gleichen Umfang obsiegen. Eine am Ergebnis orientierte Kostenteilung impliziert ein ungleichwertiges Ergebnis. Indem eine ergebnisabhängige Kostenquotelung vereinbart wird, gibt sie der Mediation den Charak-

ter eines Nullsummenspiels. Die Parteien würden zu einem Wettbewerb veranlasst werden.

✎ Ergebnisabhängige Honorarvereinbarung

Kostenteilung

[347] Die paritätische Verteilung der Kostenlast ist ein Idealmodell. Die nach Kopfanteilen zu vereinbarende, gleichmäßige Kostenteilung soll verhindern, dass die Medianden den Mediator als nur gegenüber der zahlenden Partei dienstverpflichtet ansehen. In der Praxis ist es nicht immer möglich, die Kosten nach Kopfanteilen umzulegen. Es kommt vor, dass nur einer der Medianden leistungsunfähig ist. Dann ist es unumgänglich, dass eine Partei die gesamten Kosten übernimmt. Der Mediator sollte in diesem Fall allerdings klarstellen, dass er trotz der einseitigen Kostenübernahme nicht zum Dienstverpflichteten der zahlenden Partei wird. Die Kostenquotelung ändert nichts am § 2 Abs. 3, wonach der Mediator allen Parteien gleichermaßen verpflichtet ist. In keinem Fall darf die Kostenregelung die Unabhängigkeit des Mediators in Frage stellen.

✎ Fehlender Hinweis bei Kostenteilung

[348] Eine Kostenquotelung kann auch im Nachhinein vereinbart werden. Dies mag sogar zur Herbeiführung eines Win-Win Ergebnisses beitragen. Vorstellbar ist der Fall, wenn die eine Partei einen höheren Sachleistungsanteil übernimmt, den die andere Partei durch eine höhere Kostenlast ausgleicht.

[349] Eine gesamtschuldnerische Zahlungspflicht beschreibt die Haftung im Außenverhältnis. Sie stellt einen Gläubigerschutz dar und mag im Interesse des Mediators vereinbart werden. Auch wenn die Teilschuldnerschaft besser in das Profil einer Mediation passt, ist die gesamtschuldnerische Verpflichtung jedenfalls nicht verboten. Sie bewirkt, dass der Gläubiger, in dem Fall also der Mediator, das Honorar von jeder kostenpflichtigen Vertragspartei unabhängig von deren Teilkostentragungspflicht im Innenverhältnis einfordern darf.

[350] Der aus all den Überlegungen abzuleitende Grundsatz lautet: **Der Mediator hat stets darauf zu achten, dass die Kosten- und Honorarregelung nicht vom Eindruck eines Positivsummenspiels ablenkt.** Er muss also prüfen, ob und inwieweit abweichende Honorar und Kostenregelungen die Prinzipien und das Wesen der Mediation [39] in Frage stellen können. Gegebenenfalls muss er durch Vereinbarungen oder Hinweise sicherstellen, diesen Eindruck zu verhindern.

✎ Kostenregelung verleitet zum Nullsummenspiel

Erfolgshonorare

[351] Das Gleiche gilt für Erfolgshonorare. Sie sind für eine Mediation nicht typisch. Sie bilden sogar das wesentliche Abgrenzungskriterium zum Maklervertrag. Auch ein Rechtsanwalt darf Erfolgshonorare i.S.d. § 49b Abs. 2 Satz 1 der BRAO nach § 4a RDG nur im Einzelfall und nur dann vereinbaren, wenn der Auftraggeber aufgrund seiner wirtschaftlichen Verhältnisse bei verständiger Betrachtung ohne die Vereinbarung eines Erfolgshonorars

von der Rechtsverfolgung abgehalten würde. Das Verbot der Erfolgshonorierung soll die Unabhängigkeit des Rechtsanwaltes sicherstellen. Sie wird als eine dem Gemeinwohl geschuldete Pflicht des Rechtsanwaltes verstanden³⁶³. In der Mediation sind Erfolgshonorare aus den gleichen Gründen bedenklich. Sie sind – anders als beim Anwalt - aber nicht explizit verboten. § 612 BGB erlaubt andere Vergütungsformen. Allerdings ist fraglich, ob und inwieweit das Erfolgshonorar in das Bild einer Mediation hineinpasst. Viele Mediatoren und ganz sicher die Medianden werden den Erfolg einer Mediation im Zustandekommen der Abschlussvereinbarung, sehen wollen. Wie bereits ausgeführt, sind die Erfolgskriterien der Mediation aber nicht nur am Zustandekommen einer Abschlussvereinbarung zu messen [457]. Der Erfolg [343] wird eher durch die Vermittlung von Verstehen als durch die Vermittlung der Lösung geprägt. Ein Erfolg ist deshalb durchaus auch anzunehmen, wenn eine fehlerhafte Abschlussvereinbarung verhindert wird. Ein Misserfolg ist impliziert, wenn eine Vereinbarung nicht einmal den Zeitraum bis zur notariellen Beurkundung überlebt. In diesem Fall³⁶⁴ mag unterstellt werden, dass die

³⁶³ BVerfG, 1 BvR 2576/04 vom 12.12.2006, Absatz-Nr. (1 - 115)

³⁶⁴ Der Fall wurde dem Herausgeber i.R. eines Seminars als gegeben geschildert. Ein Mediator hatte eine Abschlussvereinbarung herbeigeführt und forderte dafür das vereinbarte Erfolgshonorar. Die Abschlussvereinbarung hatte nicht einmal bis zur gerichtlichen Protokollierung am Folgetag gehalten. Eine ähnliche Problematik wurde auch in einem Workshop auf dem Kongress der GEMME in Fort de France vom 16.-19.11.2011 geschildert. Auch dort wurde diskutiert, ob die Abschlussvereinbarung wirksam sei, obwohl die Partei die gerichtliche Protokollierung unmittelbar danach verweigert hatte.

MAV *nicht* auf ein wechselseitiges Verstehen aufgesetzt wurde. Die versprochene Nachhaltigkeit wurde nicht im Ansatz erreicht. Ein Erfolg i.S.d. Mediation ist nicht gegeben. An Stelle des Erfolgshonorars kommen umgekehrt haftungsrechtliche Folgen in Betracht, wenn die unzureichende Abschlussvereinbarung auf eine mangelnde Verstehensvermittlung oder einen Verfahrensfehler zurückzuführen ist.

✎ Erfolgshonorar trotz nicht nachhaltiger MAV

[352] Der Vereinbarung eines Erfolgshonorars steht entgegen, dass es gerade keinen Erfolg *des Mediators* darstellt, wenn *die Medianden* zu einer Abschlussvereinbarung gelangen. Sich eigenverantwortlich zu vereinbaren ist – letzten Endes – eine Errungenschaft der Parteien. **Genauer gesagt ist es ein Erfolg der Mediation, wenn eine MAV zustande kommt.** So gesehen, könnten die Medianden sich selbst mit einem Erfolgshonorar belohnen. Die Vereinbarung eines Erfolgshonorars zu Gunsten des Mediators verfälscht diesen Blick. Sie erweckt den Eindruck, als habe der Mediator für den Erfolg einzustehen, wobei der Erfolg mit dem Ergebnis gleichgesetzt wird. Dieser Eindruck verschiebt sowohl die Ergebnisverantwortlichkeit wie die Ergebnisbewertung. Er hält den Mediator an, vermehrten Einfluss auf den Verfahrensausgang zu nehmen. Um diesen der Mediation zuwiderlaufenden Eindruck zu verhindern, müsste der Mediator den Medianden verdeutlichen, dass die Gewährung eines Erfolgshonorars nichts an deren Eigenverantwortlichkeit ändert. Wahrscheinlich würde die Fragwürdigkeit eines Erfolgshonorars in dem Moment auch für die Medianden

transparent werden. Es ist als ein Mediationsfehler anzusehen, wenn ein Erfolgshonorar vereinbart wird ohne die Verantwortlichkeiten herauszustellen.

✎ Erfolgshonorar ohne Verantwortlichkeitenklärung

Anerkennungshonorar

[353] Soll das Erfolgshonorar ein Ansporn für eine gute Leistung sein, mag an dessen Stelle ein Anerkennungshonorar vereinbart werden. Dann sind die Parteien wenigstens einig darüber, dass die Anerkennung für die Qualität der Mediation gezahlt wird. Sie sind gut beraten, die an der MDV zu orientierenden Qualifizierungsmerkmale zu vereinbaren.

Beratungshonorar

[354] Offenbar begegnet man in der Praxis auch dem Phänomen, dass Anwaltsmediatoren für den Rechtsdienstleistungsanteil in der Mediation ein zusätzliches Beraterhonorar ausweisen³⁶⁵. Nach § 34 RVG soll der Rechtsanwalt bei Mediationen auf eine Gebührenvereinbarung hinwirken. Der Ausweis einer gesondert zu vergütenden *anwaltlichen* Beratung kollidiert grundsätzlich mit dem Wesen der Mediation [39]. Dort wo die *Rechtsberatung* bei der Vertragsgestaltung für zulässig erachtet wird [284], wäre es als ein Mediationsfehler anzusehen, wenn der Beratungsgegenstand nicht eindeutig abgegrenzt und

³⁶⁵ Dieser Abrechnungsmodus wurde dem Herausgeber berichtet. Er sieht ein Grundhonorar für die Mediation vor und ein Zusatzhonorar, soweit eine Vertragsrechtsberatung angeboten wird.

ausgewiesen wird³⁶⁶. Mit dem Ausweis einer Beratungsleistung weckt der Mediator Bedürfnisse bei den Medianten. Es besteht die Gefahr, dass die Beratung in den Vordergrund gerät und das Verhandeln der Parteien in einer Art und Weise beeinflusst, dass die Mediation in ein verfahrensfremdes Kommunikationsmodell [74] abdriftet.

✎ Ausweis eines Beratungshonorars

Stundenhonorar

[355] Stundenhonorare schwanken zwischen 30 und 500 € je Stunde. Meistens werden die im Ursprungsberuf üblichen Stundensätze zugrunde gelegt. Sozialarbeiter arbeiten für einen Stundensatz ab 30 €, Psychologen meist um 100-120 €, Anwälte ab 120 €. Nach oben sind keine Grenzen gesetzt³⁶⁷. Die Vergütung ist, wenn nichts anderes vereinbart wird, zeitlich *nach* dem Erbringen der Dienstleistung fällig. Dies ergibt sich aus § 614 BGB. Bei der Kalkulation des Honorars ist zu beachten, dass nicht alle Leistungen des Mediators für die Parteien sichtbar werden. Arbeitszeiten können auch außerhalb der Sitzungen stattfinden. Es sollte klargestellt werden, ob und wie diese Leistungen zu vergüten sind.

📄 Abrechnungsmodus festlegen

³⁶⁶ Siehe zur Problematik auch: OLG Karlsruhe: Anwaltsmediator und Übernahme des Mandats in derselben Rechtssache, NJW 2001, 3197

³⁶⁷ Quelle: Gespräche und Beobachtungen des Herausgebers

Vorschüsse

[356] Vorschüsse sind nach Vereinbarung möglich. Bedenken ergeben sich, wenn die Vorschusszahlung das gesamte Honorar des Mediators abdeckt. Die Medianden könnten sich verpflichtet fühlen, die Mediation bis zum Ende durchzuführen. Dann kollidiert die Vorschusszahlung mit dem Prinzip der Freiwilligkeit. Tatsächlich ist die Vorschusszahlung nicht nur zur Sicherung des Honorars, sondern auch zur Motivation der Medianden geeignet. Das Bewusstsein für Dienste des Mediators zahlen zu müssen, erhöht das Engagement, sich selbst um eine Lösung zu bemühen. Die Grenze der Motivation ist erreicht, wo der Vorschuss als eine Verpflichtung zur Teilnahme an der Mediation verstanden wird.

✎ Vorschuss zur Bindung

In jedem Fall hat sich der Mediator zu vergewissern, dass die Parteien aus der Vorschusszahlung keine Teilnahmeverpflichtung ableiten. Gegebenenfalls ist dies im Vertrag herauszustellen.

▢ Vorschüsse begründen keine Teilnahmeverpflichtung

Ohne eine anders lautende Vereinbarung ist der Mediator verpflichtet, nicht verbrauchte Vorschüsse zurückzahlen.

Streitwerte

Theoretisch wäre es möglich, eine Honorierung zu vereinbaren, die sich am Streitwert ausrichtet. Der Vorteil für die Medianden besteht darin, dass kein Zeitaufwand des Mediators anzusetzen ist, so dass sich die Medianden

wegen des Honorars nicht veranlasst fühlen müssen, ihre Verhandlungen zu beschleunigen. Ein Beschleunigungsinteresse könnte dann eher auf der Seite des Mediators auftreten. Die Parteien könnten sich veranlasst sehen, bestimmte Themen in Phase zwei nicht anzusprechen. Auf eine streitwertbezogene Vergütung mag zugunsten einer Pauschale oder eines Festpreises verzichtet werden.

Kostenlose Mediation

[357] Eine Vorschrift wie §§ 21 BORA oder 49b BRAO gibt es für Mediatoren nicht. Die Honorierung ist insbesondere kein Tatbestandsmerkmal i.S.d. § 1. Ein Mediator ist also nicht deshalb ein Mediator, weil er ein Honorar bekommt. **Eine Mediation ist nicht deshalb eine Mediation weil sie vergütet wird.** Allerdings ist für eine kostenlose Mediation das Dienstvertragsrecht nicht anwendbar. Der Dienstvertrag nach § 611 BGB setzt Entgeltlichkeit voraus³⁶⁸. Möglich ist in diesem Fall die Annahme eines unentgeltlichen (Beratungs-) Mediationsvertrages eigener Art, wenn ein dementsprechender Rechtsbindungswille erkennbar ist. Dann entspricht die Mediation einem Auftrag i.S.d. § 662 BGB. Manche berufsrechtlichen Vorschriften, wie z.B. § 126 Abs. 1 S. 1 GNotKG verbieten eine kostenlose Mediation.

Vergütung bei Vertragsstörungen

[358] Die Kündigung steht der Geltendmachung des Vergütungsanspruches grundsätzlich nicht im Wege [383].

³⁶⁸ OLG Karlsruhe 15 U 243/08

Weil das Dienstvertragsrecht keine Gewährleistung [542][541] kennt, kommt eine Minderung grundsätzlich nicht in Betracht. Ein Vergütungsanspruch entfällt allerdings im Falle der Unwirksamkeit des Vertrages. Hat sich die Unwirksamkeit herausgestellt, nachdem das Honorar gezahlt wurde, besteht ein Rückforderungsanspruch nach § 812 BGB. Gegebenenfalls haftet der Mediator zusätzlich³⁶⁹ für den Ersatz des Schadens [538].

Steuern

[359] Der Vergütungsanspruch unterliegt der Umsatzsteuer mit dem Regelsteuersatz von z. Zt. 19 %, soweit die Mediation in Deutschland ausgeführt wird. Erfolgt die Mediation im Zusammenhang mit Einkünften gem. § 2 Abs. 1 EStG, z. B. gewerbliche, freiberufliche Einkünfte, Arbeitslohn, können die entstandenen Aufwendungen als Betriebsausgaben bzw. Werbungskosten steuerlich geltend gemacht werden.

[360] Kosten einer Mediation im Rahmen eines Ehescheidungsverfahrens wurden seit 2000 als außergewöhnliche Belastungen anerkannt³⁷⁰. Die Finanzverwaltung änderte ihre Rechtsauffassung nachdem der BFH mit Urteil vom 30.06.2005³⁷¹ Mediationskosten als zwangsläufig entstanden bezeichnet hatte³⁷². In Änderung seiner Rechtsprechung erkannte der BFH mit Urteil vom

³⁶⁹ BGH 8. Zivilsenat, 12.11.1986, VIII ZR 280/85

³⁷⁰ OFD Hannover vom 06.10.2000, S 2284 - 189 - StO 213/StH 215

³⁷¹ BStBl 2006 II S. 491

³⁷² OFD Hannover vom 11.05.2007, S. 2284 - 189 - StO 213

12.05.2011³⁷³, dass Zivilprozesskosten, „unabhängig vom Gegenstand des Zivilrechtsstreits aus rechtlichen Gründen zwangsläufig“ erwachsen, da die „Parteien ... zur gewaltfreien Lösung von Rechtsstreitigkeiten und Interessenkonflikten ... auf den Weg vor die Gerichte verwiesen“ werden³⁷⁴. Außergewöhnlich sind Aufwendungen dann, wenn sie dem Grunde und der Höhe nach außerhalb des Üblichen liegen. Weiter darf sich der Steuerpflichtige nicht „mutwillig und leichtfertig“ auf diesen Prozess einlassen. Ebenso muss eine mindestens 50%-ige Erfolgsaussicht gegeben sein. Die Finanzverwaltung erkennt die geänderte Rechtsprechung nicht an. Sie wandte daher das BFH-Urteil über den konkreten Einzelfall hinaus nicht an³⁷⁵. Die Folge waren weiteren Klageverfahren vor den Finanzgerichten, sodass das FG Düsseldorf mit Urteil vom 23.09.2013 die Rechtsauffassung des BFH erneut bestätigen musste³⁷⁶.

✍ Mediationskosten als außergewöhnliche Belastung

[361] Spätestens mit der Einführung des MediationsG hätte man erwarten können, dass die Kosten für eine Mediation als außergewöhnliche Belastung gem. § 33 EStG im Umfeld eines Zivilprozesses anzuerkennen sind. Mit dem neu geschaffenen MediationsG institutionalisierte der Gesetzgeber eine weitere Möglichkeit der von ihm gewünschten „gewaltfreien Lösung von Rechtsstreitigkeiten und Konflikten“. Zwar könnte es im Hinblick auf die

³⁷³ BFH mit Urteil vom 12.05.2011, VI-R-42/10

³⁷⁴ BFH, 12.05.2011 – V1 R 42/10, BStBl II 2011, S. 1015

³⁷⁵ BMF, 20.12.2011, IV C4 – S 2282/07/0031, BStBl I, 2011, S. 1286

³⁷⁶ 7 K 1549/13 E

Freiwilligkeit der Mediation [673] an der notwendigen Zwangsläufigkeit mangeln. Eine Zwangsläufigkeit ist nach der BFH-Rechtsprechung aber dennoch gegeben, weil die Mediation eine Alternative zum Zivilprozess ist. Soll der Konflikt i. S. d. Gesetzgebers und der rechtsstaatlichen Ordnung gelöst werden, tritt neben den Zivilprozess jetzt die Möglichkeit der Mediation. Daneben wird schon heute vielfach eine vorgeschaltete Mediation gefordert, z. B. bei Streitigkeiten über das Umgangsrecht. Die weiteren vom BFH aufgestellten Anforderungen wären im Einzelfall zu prüfen. So dürfte die Frage der leichtfertigen Einlassung auf eine Mediation verneint werden. Ebenso können die möglichen Erfolgsaussichten einer Mediation positiv bewertet werden.

[362] Leider hat die Bundesregierung mit der Einführung des Amtshilferichtlinien-Umsetzungsgesetzes (AmtshilfeRLUmsG) ab dem Veranlagungszeitraum 2013 eine Chance vertan, die außergerichtliche Konfliktschlichtung durch Anerkennung der BFH-Rechtsprechung zu stützen. Stattdessen wurde in Art. 2 Nr. 16 AmtshilfeRLUmsG § 33 Abs. 2 EStG um S. 4 erweitert. Danach sind Aufwendungen für die Führung eines Rechtsstreits (Prozesskosten) vom Abzug als außergewöhnliche Belastung ausgeschlossen, es sei denn, es handelt sich um Aufwendungen ohne die der Steuerpflichtige Gefahr liefe, seine Existenzgrundlage zu verlieren und seine lebensnotwendigen Bedürfnisse in dem üblichen Rahmen nicht mehr befriedigen zu können.

[363] Im Ergebnis bedeutet dies, dass die steuerliche Geltendmachung von Mediationskosten, die keine Betriebs-

ausgaben oder Werbungskosten sind, als außergewöhnliche Belastung unter Berufung auf die geänderte BFH-Rechtsprechung nur noch bis einschließlich dem Veranlagungszeitraum 2012 möglich sein wird. Der Nichtanwendungserlass ist aber gültig. Das bedeutet, die Finanzverwaltung wird weiterhin diese Kosten auch bis 2012 steuerlich nicht anerkennen. Dies wird zu weiteren Finanzgerichtsprozessen führen. Spätestens seit dem Inkrafttreten des Art. 8 MediationsG besteht auch bei den Finanzgerichten die Möglichkeit, den Konflikt durch eine Mediation zu lösen. Welcher Fall böte sich hier nicht besser an als die Frage nach der Anerkennung für Mediationskosten als außergewöhnliche Belastungen?

[364] Ob die Gesetzesformulierung im neuen § 33 Abs. 2 S. 4 EStG genügt, um sämtliche Kosten eines „Rechtsstreits“ als außergewöhnliche Belastungen auszuschließen, bleibt fraglich. Mangels Gesetzesbegründung kann der Wille des Gesetzgebers nur durch Wortlautauslegung hergeleitet werden. Das erste Tatbestandsmerkmal ist „das Führen eines Rechtsstreits (Prozesskosten)“. Durch den Klammerzusatz Prozesskosten rekurriert der Gesetzgeber auf einen Rechtsstreit, der bei einem Gericht anhängig ist bzw. war. Kosten, außerhalb eines Gerichtsverfahrens werden, anders als in der Entscheidung des OLG Köln [975], *nicht* als Prozesskosten im Verständnis von prozessual veranlassten Kosten bezeichnet. Hier ist auf die allgemeinen Voraussetzungen des § 33 Abs. 2 EStG abzustellen, wonach es sich um Kosten handelt, denen sich der Steuerpflichtige aus rechtlichen, tatsächlichen oder sittlichen Gründen nicht entziehen kann.

[365] Soweit zukünftig durch eine erfolgreiche Mediation ein Zivilprozess verhindert wird, (echte) Prozesskosten daher nicht entstanden sind, spräche einiges dafür, diese Kosten als außergewöhnliche Belastungen unter Berufung auf die geänderte Rechtsprechung des VI. Senats des BFH steuerlich geltend zu machen. Selbst der Versuch einer Mediation verdient eine Belohnung [644].

Kostenerstattung

[366] Die Parteien sind in der Regel Privatzahler. Kostenerstattungen sind möglich durch die Rechtsschutzversicherung [977], gegebenenfalls über die VKH [975]. Eine Mediationskostenhilfe ist noch nicht vorgesehen. Selbstverständlich sind Kostenübernahmen durch Dritte möglich. Dies ergibt sich schon aus § 267 BGB. Die Kostenübernahme kann vertraglich festgelegt werden. Nach § 267 Abs. 2 BGB kann der Kostenschuldner widersprechen. Wenn die Frage der Kostenübernahme durch einen Dritten aufkommt, ist der Mediator gegebenenfalls wegen § 3 Abs. 1 verpflichtet, die Kostenübernahme und vor allem deren Umfang zu offenbaren.

Kostenstreit

[367] Mitunter entsteht Streit zwischen den Parteien, wer in welchem Umfang für die Kosten der Mediation zu haften hat. „Es war *Deine* Idee, also zahlst *Du!*“, wird argumentiert. Hier wird der Mediator herausgefordert, wenn der Kostenstreit zum Ausdruck des zugrunde liegenden Konfliktes wird. Um ihn zu lösen, bedarf es einer Phase drei. Die Frage lässt sich nicht ohne weiteres im Vorfeld klären. Deshalb ist es als zulässig anzusehen, wenn der

Mediator zunächst die gesamtschuldnerische Haftung der Parteien sicher stellt, während die Frage der Kostenteilung als Thema in Phase zwei aufgeführt wird, um sie eigens zu mediieren. Auch wenn die Kostentragung unklar bleibt, ändert das nichts an der freiwilligen Teilnahme, wenn die Medianden bereit sind, die Gesamtkosten zu tragen. Äußern die Parteien hingegen, dass sie nur bereit sind, an der Mediation teilzunehmen, wenn sie *keine* Kosten zu tragen haben, ist die Verhandlungsbereitschaft zu hinterfragen.

Die Vertragsgestaltung

[368] Es empfiehlt sich, die der Mediation zugrunde liegende Vereinbarung stets in einen MV und eine MDV zu unterteilen, auch wenn Auftraggeber und Auftragnehmer mit Mediator und Medianden übereinstimmen. Inhaltlich setzt sich die konstitutive Causa [218] aus folgenden Elementen zusammen³⁷⁷:

1. Titel (Mediationsvertrag)
2. Rubrum (Auftraggeber / Auftragnehmer)
3. Betreff (Bezeichnung der Sache)
4. Ziel (Lösungsfindung und Einigung)
5. Festlegung der Dienste (Spezifikation der Mediationsleistungen, evtl. Bezugnahme auf Standards)
6. Festlegung der Gegenleistungen (Vergütung, Fälligkeit, Teil- Gesamtschuldnerschaft usw.)
7. Rahmenbedingungen (örtl. und zeitl. Bedingungen, evt. Co- oder Teammediation)

³⁷⁷ Vertragsmuster und ausführliche Besprechung der Vertragsinhalte siehe *Trossen / Diedrich* (Mediationsvertrag)

8. Haftungsfragen

9. Einbeziehung der MDV

[369] Wenn Auftraggeber, Auftragnehmer, Mediatoren und Medianden auseinanderfallen, bedarf es folgender Erweiterungen:

10. Verschwiegenheitsschutz (Keine Bereitstellung von Information aus der Mediation gegenüber dem Auftraggeber)

11. Verwendung der Dokumentation (Mitteilung des Ergebnisses und gegebenenfalls der Gründe für den Abbruch).

[370] Es macht Sinn, die zur Durchführung der Mediation notwendigerweise zu vereinbarenden Regelungen im Mediationsvertrag besonders herauszustellen. Sie können unter der Überschrift „Regelungen zum Verfahren“ direkt in den Vertrag eingearbeitet oder in einer separaten Vereinbarung, der MDV, festgelegt werden. In beiden Fällen ist die Hervorhebung der auf das Verfahren bezogenen Regelungen gewährleistet. Dieser Logik folgend werden die weiter zu vereinbarenden Verfahrensregeln zusammen mit der MDV besprochen [407].

Die Vertragsbeendigung

[371] Bei einem nicht nach Zeitabschnitten geschuldeten Dienst endet die Verpflichtung entweder mit Zielerreichung, Zeitablauf oder nach der Kündigung. Die Kündigung wird gem. § 2 Abs. 5 MediationsG [828] im Rahmen der Freiwilligkeit als die Möglichkeit zur jederzeitigen Beendigung der Mediation hervorgehoben. **Das Kündi-**

gungsrecht garantiert die Freiwilligkeit. Es kann und muss deshalb *fristlos* und *ohne* Angabe von Gründen jederzeit möglich sein. In der hier verfolgten Logik gilt das Gleiche für die MDV.

▢ Fristlose Kündigung im Vertrag vorsehen

Teilkündigung

[372] Hilfreich ist die Klärung, ob und inwieweit sich die Kündigung eines einzelnen *Medianden* auf den MV insgesamt (also für die anderen Medianden oder Vertragsparteien) auswirkt. Bedeutet die Kündigung eines Median- den, dass der Vertrag auch mit den anderen beendet ist? Die Frage hängt davon ab, wie der Mediationsvertrag bzw. die MDV verfasst wurden. Wurde der Mediations- vertrag als Gemeinschaftsvertrag verfasst, bei dem alle Medianden unterschreiben, dann ist im Zweifel davon auszugehen, dass die Mediation mit allen Vertragspart- nern durchzuführen ist. Die Situation ist vergleichbar mit einem Mietvertrag in einer Wohngemeinschaft. Hier hat sich die Rechtsprechung gefestigt, dass die Kündigung eines Mieters im Zweifel den gesamten Mietvertrag er- fasst. Es kommt darauf an, wie der Vertrag gemeint ist³⁷⁸. Ist davon auszugehen, dass die Zahl und Personenwahl keine Bedeutung für den Vertrag haben, kann genommen werden, dass die Teilkündigung einer Vertragspartei möglich ist, ohne dass der gesamte Vertrag damit gekün- digt sein soll. In der Mediation spricht allerdings eine wi- derlegbare Vermutung dafür, dass der Mediationsvertrag nur mit den dort genannten Parteien geschlossen sein

³⁷⁸ BGH vom 16.03.2005, Az. VIII ZR 14/04

soll. Die Kündigung eines Mediators wirkt sich deshalb auf den gesamten Vertrag aus.

✎ Fortsetzung der Mediation ohne Neuverhandlung

Um andere Rechtswirkungen zu ermöglichen, wäre eine klarstellende Regelung sinnvoll, wie sich die Kündigung eines Mediators auf die Mediation auswirkt.

📄 Auswirkungen der fristlosen Kündigung festlegen

[373] Bei betrieblichen Mediationen wird der Vertrag oft gesplittet. Der Honorarvertrag wird mit dem Auftraggeber geschlossen. Die Vertraulichkeitsabrede und die Freiwilligkeit hingegen werden mit den anwesenden Mediatoren, sinnvollerweise in der Mediationsdurchführungsvereinbarung, einzeln vereinbart. Besonders bei größeren Gruppen bedarf es der Klärung, ob die Mediation von der Zahl der teilnehmenden Mediatoren abhängig ist oder nicht. Der Mediationsvertrag mag deshalb eine Regelung enthalten, ob und inwieweit die Teilnahme aller Mediatoren eine Verfahrensvoraussetzung ist.

✎ Mediation ohne Einbeziehung aller Betroffenen.

[374] Der Mediator muss gegebenenfalls klären, ob es Sinn macht, die Mediation auch ohne den ausgestiegenen Mediatoren fortzuführen. Dies sollte mit *allen* Mediatoren abgestimmt werden. Die Abstimmung ist eine Verpflichtung, die den Parteien die Entscheidung überlässt [741], ob für die Fortführung der Mediation unter diesen Umständen noch ein Interesse besteht oder nicht.

Kündigung des Mediators

[375] Die Dienstvertragsvorschriften gelten natürlich für beide Vertragsseiten, somit auch für den Mediator. § 2 Abs. 5 [828] weicht vom § 627 Abs. 2 BGB ab. Nach § 627 BGB darf der Mediator nur in der Art kündigen, wenn sich der Mediand die Dienste anderweit beschaffen kann, es sei denn, ein wichtiger Grund veranlasst die unzeitige Kündigung. Das Mediationsgesetz engt die Kündigungsmöglichkeiten ein, indem es dem Mediator nur ein in der Person der Medianden begründetes Kündigungsrecht zugesteht.

□ Kündigungsmöglichkeit durch den Mediator

[376] Bei der Team- oder Co-Mediation gelten die gleichen Grundsätze für jeden Mediator. Besonderheiten bestehen hinsichtlich der Verfahrenswirkungen, wenn der Co-Mediator nicht kündigt [437].

□ Fortsetzungsklausel bei Kündigung des Co-Mediators

Ende der Mediation

[377] Die Auseinandersetzung mit der Frage, was den Erfolg [343] und das Ziel der Mediation ausmachen, setzt sich in der Frage fort, wann die Mediation als beendet anzusehen ist. Dies ist keineswegs immer klar. Bei hoch eskalierten Konflikten kommt es vor, dass einer der Medianden fluchtartig den Raum verlässt. Auch kann es passieren, dass ein Mediand einfach zum nächsten Termin nicht erscheint. Das Verhalten mag als eine konkludent erklärte Kündigung aufgefasst werden. Es muss aber nicht zwingend eine Kündigung bedeuten. Oft ge-

schiebt es, dass der Mediand sich besinnt und die Mediation fortsetzt. Hier empfiehlt es sich, die Bedeutung der Flucht zu hinterfragen und mit dem Medianden eventuell in einem Einzelgespräch zu klären, ob er an der Fortsetzung der Mediation noch ein Interesse hat.

[378] Ist das Verhalten eines der Medianden als Kündigung gemeint, ist im Zweifel davon auszugehen, dass die Mediation insgesamt beendet ist. Die Kündigung erstreckt sich im Zweifel auf *alle* Teilnehmer [204], wenn Teilkündigungen einzelner nicht explizit erlaubt wurden. Rechtlich korrekt wäre es, mit den verbliebenen Medianden einen neuen Mediationsvertrag abzuschließen, falls die Fortsetzung einen Sinn macht. Um Kollisionen mit dem Tätigkeitsverbot gem. 3 Abs. 2 und 3 [870] zu vermeiden, empfiehlt es sich, von vorne herein im Mediationsvertrag eine Vereinbarung darüber zu treffen, was im Falle der Teilkündigung zu geschehen hat, um festzulegen, ob und inwieweit die Mediation mit den verbleibenden Medianden fortzusetzen ist oder nicht.

▮ Fortsetzungsklausel

[379] Ohne eine derartige Fortsetzungsklausel 0 wäre eine *Vertragsanpassung* denkbar, in der nachfolgende Maßnahmen als Teil ein und derselben Mediation vereinbart werden. Unter juristischen Aspekten leidet eine solche Vereinbarung allerdings darunter, dass der ausgeschiedene Vertragspartner an dieser Vereinbarung nicht mehr beteiligt ist. Hier empfiehlt es sich, von ihm eine Erlaubnis einzuholen, die Mediation mit den verbleibenden Teilnehmern fortzuführen. Ein Verstoß gegen das Tätigkeitsverbot des § 3 Abs. 2 liegt nicht vor, weil der Media-

tor zuvor nicht (als Parteivertreter³⁷⁹) für eine Partei tätig war [870].

Nachwirkende Pflichten

[380] So wie bereits die Akquise ein Rechtsverhältnis begründet, bevor die Mediation begonnen hat, wirken die sich aus dem Mediationsvertrag oder der MDV ergebenden Pflichten über das Ende der Mediation hinaus fort. Keinesfalls endet beispielsweise die Schweigepflicht [912]. Auch mag die Aufbewahrungspflicht von Dokumenten oder Handakten [854] fortbestehen. Die vertraglich nachwirkenden Pflichten werden in der Rechtswissenschaft als *Culpa Post Contractum Finitum* bezeichnet. Sie sind im modernen Schuldrecht aus der Vorschrift des § 280 ff. BGB herzuleiten. Die Nebenpflichten bestehen teilweise auch nach Beendigung des Vertrags fort und sind darauf gerichtet, nach der Erfüllung der eigentlichen Hauptpflicht bestimmte Handlungen vorzunehmen oder zu unterlassen³⁸⁰. Meistens werden Schutzpflichten angesprochen, die den erreichten Status Quo der vereinbarten Leistung sichern sollen. Es ist deshalb mehr als bedenklich, wenn z.B. ein Mediator glaubt, er könne eine in der Mediation bekannt gewordene Tatsache deshalb verbreiten, weil er sie im Gespräch mit dem Medianden außerhalb der Mediation am Tresen einer Kneipe erneut gehört hatte.

³⁷⁹ Begründung S. 25

³⁸⁰ Wikipedia (Begriff), cpcf

Schriftform der Kündigung

[381] Manche Mediatoren verlangen eine schriftliche Aufkündigung des Mediationsvertrages. Eine Schriftform ist im Gesetz nicht vorgesehen. Die Schriftform der Kündigung mag dazu beitragen, die Beendigung der Mediation zu belegen und zu markieren [377]ff.

✎ Erschwernis der Kündigung

[382] Wenn die verlangte Schriftform der Kündigung bei dem Medianten das Gefühl auslöst, in den Prozess verpflichtend eingebunden zu sein, kollidiert sie mit dem Prinzip der Freiwilligkeit. Der Mediator muss also, wenn er eine Schriftform für die Kündigung vereinbart, besonders herausstellen, dass die vereinbarte Schriftform nicht das Recht zur Beendigung der Mediation erschwert oder beeinträchtigt, sondern nur deren Klarstellung dient.

▢ Begründung bei schriftlicher Kündigung

Vergütung bei Kündigung

[383] Die Kündigung führt zur vorzeitigen Beendigung des Vertragsverhältnisses. Die Rechtsfolgen sind - je nachdem, wer die Kündigung ausspricht - hinsichtlich der Vergütung zu unterscheiden. Die Kündigung der Medianten hat Auswirkungen auf die Vergütung. Ist die Vergütung nach geleisteter Arbeitszeit berechnet, dann kann der Mediator die bis zur Kündigung anfallende Vergütung fordern. § 628 BGB besagt, dass der Verpflichtete einen, seinen bisherigen Leistungen entsprechenden Teil der Vergütung verlangen kann, wenn das Dienstverhältnis nach dem Beginn der Dienstleistung gekündigt wird.

Erfolgt die Kündigung seitens des Medianden aufgrund eines vertragswidrigen Verhaltens des Mediators (gravierender Verfahrensfehler), so steht ihm nach § 628 BGB ein Anspruch auf die Vergütung insoweit nicht zu, als seine bisherigen Leistungen infolge der Kündigung für den anderen Teil kein Interesse haben. Ist die Vergütung für eine spätere Zeit im Voraus entrichtet, so hat der Verpflichtete sie nach Maßgabe des § 346 BGB oder, wenn die Kündigung wegen eines Umstands erfolgt, den er nicht zu vertreten hat, nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückzuerstatten.

▮ Vergütung bei Kündigung

[384] Kündigt der Mediator, ohne durch vertragswidriges Verhalten des anderen Teiles dazu veranlasst zu sein, oder veranlasst er durch sein vertragswidriges Verhalten die Kündigung des anderen Teiles, steht ihm nach § 628 BGB ein Anspruch auf die Vergütung insoweit nicht zu, als seine bisherigen Leistungen infolge der Kündigung für den anderen Teil kein Interesse haben.

Anwendung von Zwang und Druck

[385] Den Parteien fällt es oft schwer, sich einvernehmlich *für* die Mediation zu entscheiden. Das typische Konfliktverhalten verhindert es, dem Gegner irgendwelche Zugeständnisse zu machen oder gar eine Zustimmung zu erklären. „Das könnte der ja als ein Entgegenkommen verstehen und sogar als Schwäche auslegen“, denken sie. Solche Gedanken sind aus der Logik der Konfrontation heraus veranlasst. Sie basieren nicht nur auf einem stra-

tegischen, sondern auch auf einem psychologischen Hintergrund. Sie beschreiben einen Bewusstseinszustand, der nur ein Entweder- Oder zulässt. Eine sich im Konflikt mit einem anderen Menschen befindliche Person sieht - metaphorisch gesagt - nur schwarz-weiß und hat ad hoc keinen Zugang auf die sonst vorhandenen kognitiven Fähigkeiten. Um ihre Ablehnung, ihren Widerstand und ihre Stärke in diesem Zustand auszudrücken, neigen Konfliktparteien dazu, jeden Vorschlag der Gegenseite rigoros abzulehnen. Das ist einer der Gründe, warum es den Parteien hilft, wenn die Mediation statt von der Gegenpartei, von einer neutralen, von beiden akzeptierten, dritten Seite empfohlen wird.

[386] Vielen Parteien fehlt die Erfahrung und demzufolge auch die Vorstellung, dass es möglich ist, selbst eskalierte Konflikte noch im Wege der Kooperation zu lösen. Deshalb gibt es Überlegungen, wie die Parteien zu bewegen sind, ihren konflikttypischen Widerstand gegen die Mediation zu überwinden. Leider orientieren sich die Überlegungen weder am Bedarf der Betroffenen [419] noch an der sie bewegenden Konfliktdynamik. Auch wird die Sicht auf das Verfahren eher an den professionellen Angeboten ausgerichtet.

[387] Die Mediation präsentiert sich in einer Verfahrenslandschaft, die selbst dem Fachmann nicht leicht durchschaubar ist³⁸¹. Ein bedarfsgerechter Zugang zur Media-

³⁸¹ Selbst in der Begründung zum Gesetzesentwurf werden ADR Verfahren genannt (wie z.B. ENE, Adjunction), die in Deutschland kaum vorkommen dürften.
Der Newsletter des DAV wirbt zum 65. Dt. Anwaltstag vom 26.-28. Juni in Stuttgart: „Die Besonderheiten des Verfahrens (der

tion müsste deshalb nicht nur auf die naheliegenden Konfliktstrategien aufsetzen³⁸². Er müsste den Parteien auch eine Navigation anbieten, die sie reibungsfrei durch die Verfahren der Konfliktbeilegung zu lotsen vermag. Immerhin wird von den Parteien erwartet, dass sie als Laien mit der Wahl des Dienstleisters zugleich eine Verfahrensauswahl treffen.

Juristischer Zwang

[388] Der Ruf nach Zwangsmediationen wird umso lauter, je weniger die Nachfrage nach Mediation den Erwartungen entspricht³⁸³. Zumindest aus juristischer Sicht wäre die so genannte mandatory Mediation eine mögliche Option. Verfassungsrechtliche Überlegungen, den Rechtsweg zu erschweren, stehen der Zulässigkeit einer Zwangsschlichtung jedenfalls nicht im Wege. Das BVerfG führt aus³⁸⁴, dass der Gewährleistungsbereich des Art. 19 Abs. 4 GG nicht berührt sei. Art. 19 Abs. 4 GG besagt: "Wird jemand durch die *öffentliche Gewalt* in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen". Das Grundrecht gewährleistet den Rechtsweg gegenüber Maßnahmen der öffentlichen Gewalt. Der Zugang zu den ordentlichen Gerichten in Auseinandersetzungen zwischen Privatpersonen ist *nicht* Gegenstand dieser Gewährleistung. Insoweit ist vielmehr der allgemeine Justizgewährungsanspruch einschlägig, der seine Grundlage in Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaats-

Mediation) werden erläutert und bestehende Missverständnisse ausgeräumt".

³⁸² *Trossen* (Kooperation) und *Trossen* (Alternative)

³⁸³ EU (Rebooting), abstract

³⁸⁴ BVerfG vom 14.02.2007, 1 BvR 1351/01

prinzip hat³⁸⁵. Die Rechtsschutzgewährung durch die Gerichte bedarf der normativen Ausgestaltung durch eine *Verfahrensordnung*. Deren Regelungen können für ein Rechtsschutzbegehren besondere formelle Voraussetzungen aufstellen und sich dadurch für den Rechtsuchenden einschränkend auswirken“³⁸⁶. Das Verfassungsgericht stellt die Möglichkeit heraus, die Verfahrensvorschriften des Gerichtsverfahrens zu verändern, indem die Eröffnung des Gerichtsverfahrens an Voraussetzungen geknüpft wird. Es bedeutet keinen Verfassungsverstoß, wenn der Rechtsschutz subsidiär gestaltet wird. Das BVerfG führt aus³⁸⁷: „Der Gesetzgeber ist nicht gehalten, nur kontradiktorische Verfahren vorzusehen. Er kann auch Anreize für eine einverständliche Streitbewältigung schaffen, etwa um die Konfliktlösung zu beschleunigen, den Rechtsfrieden zu fördern oder die staatlichen Gerichte zu entlasten. Ergänzend muss allerdings der Weg zu einer Streitentscheidung durch die staatlichen Gerichte eröffnet bleiben“.

[389] Problematisch ist der „Rückzug der Justiz“ allerdings, wenn er mit einem Kontrahierungs- und Konsumzwang erkaufte wird. Auch ein Gesetz kann sich nur schwer über die verfassungsrechtlich geschützte Privatautonomie hinwegsetzen. Schon deshalb setzt sich die Zwangsschlichtung dem Verdacht aus, gegen das aus Art. 2 GG folgende Grundrecht zu verstoßen. Nach Art 2 GG hat jeder das Recht auf die freie Entfaltung seiner Per-

³⁸⁵ vgl. BVerfGE 88, 118, 123; 97, 169, 185; 107, 395, 404, 407

³⁸⁶ vgl. BVerfGE 10, 264, 268; 60, 253, 268 f.; 77, 275, 284; 88, 118 123 f.; 93, 99, 107 f.

³⁸⁷ vgl. BVerfGE 88, 118, 123; 97, 169, 185; 107, 395, 404, 407

sönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt. Das BVerfG hat einen Eingriff in das Freiheitsrecht nur für zulässig erachtet, wenn die gesetzlichen, in den Schutzbereich des Art 2 GG eingreifenden Vorschriften legitime Zwecke des Gemeinwohls verfolgen und verhältnismäßig sind³⁸⁸. Anlass für die in der Begründung zum Gesetzesentwurf zitierte³⁸⁹ Entscheidung des BVerfG war der im Jahre 2002 eingeführte § 15a EGZPO³⁹⁰. Dort wurde es den Ländern gestattet, die Schlichtung als eine Verfahrensvoraussetzung festzuschreiben, wenn folgende Fälle betroffen sind:

- vermögensrechtliche Streitigkeiten vor dem Amtsgericht über Ansprüche, deren Gegenstand an Geld oder Geldeswert die Summe von 750 € nicht übersteigt,
- Streitigkeiten über Ansprüche aus dem Nachbarrecht nach den §§ 910, 911, 923 des Bürgerlichen Gesetzbuchs und nach § 906 des Bürgerlichen Gesetzbuchs,
- sowie nach den landesgesetzlichen Vorschriften im Sinne des Artikels 124 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch, sofern es sich nicht um Einwirkungen von einem gewerblichen Betrieb handelt,
- in Streitigkeiten über Ansprüche wegen Verletzung der persönlichen Ehre, die nicht in Presse oder Rundfunk begangen worden sind,

³⁸⁸ BVerfG 1 BvR 2014/95

³⁸⁹ Begründung, S. 16 mit Verweis auf BVerfG 1 BvR 1351/01

³⁹⁰ Gesetz betreffend die Einführung der Zivilprozeßordnung

- sowie in Streitigkeiten über Ansprüche nach Abschnitt drei des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes als eine Verfahrensvoraussetzung festzuschreiben.

Dieser Versuch einer Zwangsschlichtung wurde auf dem Deutschen Juristentag für gescheitert erklärt³⁹¹. Der Grund: Es gab zu viele Umgehungsmöglichkeiten³⁹². Wahrscheinlich fehlte den Parteien oder deren Beratern im Einzelfall die Einsicht, nach einer anderen als der gerichtlich geltend gemachten Lösung suchen zu müssen³⁹³. Die Einführung einer Zwangsschlichtung erlaubt unterschiedliche Einschätzungen. So sehr sie auf der einen Seite die Privatautonomie einschränkt, so sehr stärkt sie die Privatautonomie, indem sie privaten Initiativen einen Vorrang vor staatlichen Interventionen eingeräumt. Zwischen Vorrang und Zwang besteht allerdings ein Unterschied. Juristisch gesehen kommt es zu einer Abgrenzung der Rechtsgarantie des Staates gegenüber dem Rechtsschutzbedürfnis des Bürgers.

[390] Das **Rechtsschutzbedürfnis** ist eine allgemeine Sachurteilsvoraussetzung³⁹⁴. Bei fehlendem Rechtsschutzbedürfnis kann eine Klage abgewiesen werden. Regelmäßig wird das Rechtsschutzbedürfnis bereits aus der Nichterfüllung des behaupteten materiellen Anspruchs

³⁹¹ So weit die Feststellung im Grußwort des Staatssekretärs für Justiz in Berlin: *Lieber* (Schiedsamt)

³⁹² *Jenkel* (Streitschlichtungsversuch), S. 267

³⁹³ Damit wird die Notwendigkeit angesprochen, das Verfahren der Konfliktdynamik anzupassen und in dem Moment zur Auswahl anzubieten, wenn die Parteien erkannt haben, dass eine Durchsetzung ihrer Ansprüche nicht möglich oder opportun ist.

³⁹⁴ *Fleck* (BeckOK), § 578 Rn 21

hergeleitet³⁹⁵. Grundsätzlich hat jeder Rechtsuchende einen öffentlich-rechtlichen Anspruch darauf, dass die staatlichen Gerichte sein Anliegen *sachlich* prüfen und darüber entscheiden³⁹⁶. Obwohl das Verfassungsgericht eine einvernehmliche Lösung auch in einem Rechtsstaat als grundsätzlich vorzugswürdig gegenüber einer richterlichen Streitentscheidung sieht, fragt das Rechtsschutzbedürfnis keinerlei eigene Initiativen zur Konfliktregulierung ab³⁹⁷. Bei Leistungsklagen ergibt sich ein Rechtsschutzbedürfnis schon aus der Nichterfüllung des behaupteten Anspruchs³⁹⁸. Es bedarf *besonderer* Gründe, die nur *ausnahmsweise* die Verneinung eines Rechtsschutzbedürfnisses rechtfertigen. Die Tatsache, dass eine Mediation möglich ist, schließt das Rechtsschutzbedürfnis *nicht* aus [1083][1084]ff. Trotzdem kann das Rechtsschutzbedürfnis fehlen, wenn das verfolgte Begehren auf einem *einfacheren* Weg zu erlangen ist³⁹⁹. Maßgeblich ist das Begehren der klagenden Partei. **Die Mediation kann das Rechtsschutzbedürfnis nicht ausschließen, weil sie kein einfacherer Weg, sondern ein anderer ist.** Es geht nicht darum Recht zu bekommen, sondern eine Lösung zu finden. Die Mediation ist alles andere als ein Rechtsbehelf⁴⁰⁰. Es geht um die *Suche* nach einer Lösung,

³⁹⁵ BGH NJW 2010, 1135 Rn 7
auch: *Bacher* (BeckOK ZPO) § 253 Rn 28 – 31

³⁹⁶ BGH NJW 1996, 2036 (2037)

³⁹⁷ BVerfG, Beschluss vom 14. Februar 2007, 1 BvR 1351/01

³⁹⁸ BGH NZG 2012, 1389 Rn 51; NJW 2010, 1135 Rn 7,
Bacher (BeckOK ZPO) § 253, Rn 28 – 31

³⁹⁹ BGH NJW-RR 2010, 19 Rn 20,
Bacher (BeckOK ZPO) § 253, Rn 28 – 31, Stand: 15.01.2013, Ed.
8

⁴⁰⁰ Hanseatisches OLG Hamburg, 04.02.2011, 12 WF 267/10

die auch andere als rechtliche Aspekte einschließt. Im Gegensatz dazu geht es beim Gerichtsverfahren vorrangig um die Durchsetzung einer vorgegebenen Lösung. Solange der Gesetzgeber das Rechtsschutzbedürfnis nicht anders regelt und keine weiteren Prozessvoraussetzungen einführt, wäre eine Mediations- oder eine Schlichtungsklausel [400] ein geeignetes privatrechtliches Mittel, sich dem Rechtsschutzbedürfnis in den Weg zu stellen⁴⁰¹. Ohne ein derartiges Prozesshindernis hat die Partei die freie Verfahrenswahl. Das Bedürfnis nach Rechtsschutz ist durchaus auch dann gewahrt, wenn die Partei angehalten wird, zunächst *selbst* eine Konfliktbeilegung zu versuchen. Dabei passt es besser in das Konzept eines freiheitlichen Rechtsstaates, wenn die professionelle Streitvermittlung nicht zwangsweise durch den Rechtsuchenden nachgefragt werden muss, sondern wenn sie sich als eine Option und Möglichkeit zur eigenen Initiative präsentiert⁴⁰².

[391] Zu bedenken ist auch, dass die erzwungene Nachfrage nach einem Produkt nicht unbedingt die Einsicht zur Kooperation bewirkt. Es gibt bereits Ansätze im Recht, die zu einem rücksichtsvollen Verhalten verpflichten. Wir finden sie in sogenannten vertraglichen Nebenpflichten. Sie leiten sich aus dem rechtlichen Konstrukt der C.i.C.⁴⁰³ oder der P.V.V.⁴⁰⁴ her. Allerdings zeigt die Praxis keine Konsequenzen, wenn diese Regeln verletzt

⁴⁰¹ BGH, NJW 1984, 669

⁴⁰² Siehe dazu auch *Wesche*, ZRP 2004, 49-52

⁴⁰³ Culpa in Contrahendo ist eine neben- oder vorvertragliche Pflichtverletzung

⁴⁰⁴ Positive Vertragsverletzung ist eine nebenvertragliche Pflichtverletzung

werden. Eine vorschnell verklagte Partei kann sich darüber kaum beschweren. Sie kann lediglich ein sofortiges Anerkenntnis nach § 93 ZPO geltend machen. Das sofortige Anerkenntnis bewirkt, dass dem Kläger die Prozesskosten zur Last fallen, wenn der Beklagte nicht durch sein Verhalten zur Erhebung der Klage Veranlassung gegeben hat *und* wenn der Beklagte den Anspruch sofort anerkennt. § 93 ZPO versagt, sobald der Beklagte den Klageanspruch in der Klageerwiderung bestreitet⁴⁰⁵ und einen Klageabweisungsantrag ankündigt⁴⁰⁶. Er muss sich also sofort nach der Klageerhebung für ein Anerkenntnis entscheiden, so dass sich die Frage nach der Klageveranlassung durch das Beklagtenverhalten erübrigt. Ein Teilerkenntnis ist allerdings möglich. Das sofortige Anerkenntnis geht nicht weit genug, um die Parteien zur sorgfältigen Prüfung der Klagenotwendigkeit anzuhalten. Von den Parteien kann erwartet werden, dass sie wenigstens versuchen, ihren Streit einvernehmlich zu lösen und einen Prozess zu vermeiden. Die konsequente Einforderung der Pflicht zur Rücksichtnahme ist ein ausreichendes Mittel, das Verhalten der Parteien auch ohne die Einführung weiterer Zwangsmittel zu steuern. Übrigens sind auch die Rechtsanwälte zur Deeskalation verpflichtet. Auch deren konstruktives Verhalten lässt sich somit einfordern. § 1 Abs. 3 BORA erwartet vom Anwalt, dass er als „... unabhängiger Berater und Vertreter in allen Rechtsangelegenheiten ... seine Mandanten ... **konfliktvermeidend und streitschlichtend zu begleiten** ...“ hat. Die Praxis scheint derartige Verpflichtungen zu

⁴⁰⁵ wozu er gehalten ist, wenn er die Klage erörtern will

⁴⁰⁶ OLG Zweibrücken FamRZ 2008, [1643](#)

übersehen⁴⁰⁷. Sie könnten vom Gesetzgeber deutlicher herausgestellt, eingefordert und gegebenenfalls sanktioniert werden.

☞ Rücksichtnahmepflichten gesetzlich fixieren

[392] Dass die Einforderung eines verantwortlichen Verhaltens bei der Konfliktbeilegung den gewünschten Erfolg herbeiführt, zeigt das Beispiel der Woolf-Reform⁴⁰⁸ aus dem Jahre 1999 in England. Seit dieser Reform werden dem Prozessgewinner die gesamten Kosten des Rechtsstreits auferlegt, nur weil er eine Mediation abgelehnt hatte⁴⁰⁹. In Deutschland wird die Möglichkeit einer auf das streitbare Verhalten der Parteien abstellenden Kostenfolge bisher lediglich im familiengerichtlichen Verfahren eröffnet. § 81 FamFG (Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit) besagt, dass das Gericht die Kosten des Verfahrens ganz oder teilweise einem Beteiligten auferlegen kann, wenn er durch grobes Verschulden Anlass für das Verfahren gegeben hat⁴¹⁰. Eine vergleichbare Vorschrift sieht die ZPO nicht vor.

☞ Kostentragungspflicht bei klagetreibendem Verhalten

[393] Unabhängig von gesetzgeberischen Initiativen etabliert sich die Idee, von den Parteien selbst eine einvernehmliche Konfliktbeilegung zu erwarten, als ein Trend.

⁴⁰⁷ So die JURIS Recherche am 1.8.2012 mit den Stichworten pvv, prozesskosten, verschulden

⁴⁰⁸ Wikipedia (Civil_Procedure_Rules)

⁴⁰⁹ Risse (Zugang zur Mediation?), S. 309

⁴¹⁰ Das OLG Hamm hat am 09.02.2012 das Verschulden wegen unwahrer Angaben im Prozess bejaht. II-8 WF 154/11, 8 WF 154/11

Mehr und mehr achten die Gerichte bei der Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe (ehemals Prozesskostenhilfe) darauf, dass Parteien Einigungsversuche ernst nehmen oder wenigstens nicht willkürlich ausschlagen. So hatte das AG Bochum schon im Jahre 2002 beschlossen⁴¹¹, dass ein Rechtsstreit über das Umgangsrecht für ein gemeinsames Kind mutwillig erscheine und die Bewilligung von Prozesskostenhilfe daher abzulehnen sei, wenn und solange die Eltern das Mediationsangebot des Jugendamts nicht wahrgenommen haben. Inwieweit ein derart etablierter, indirekter Druck zum Abschluss eines Mediationsvertrages die Freiwilligkeit außer Kraft setzen kann, erscheint als eine eher philosophisch anmutende Diskussion. Rechtlich jedenfalls ist er unbedenklich, solange der Abschluss des Mediationsvertrages nicht unter Willensmängeln i.S.d. §§ 116ff. BGB zu leiden hat. Willensmängel sind der geheime Vorbehalt oder das Scheingeschäft, der Mangel an Ernstlichkeit und der Irrtum. Aber selbst bei Willensmängeln kann sich die Praxis leicht dem Verfahren entziehen, wenn die Parteien von ihrer jederzeitigen Möglichkeit zur Kündigung des Mediationsvertrages Gebrauch machen. Die rechtliche Entscheidungsfreiheit wird jedenfalls so lange nicht tangiert, wie die Parteien sich wissend und wollend mit einem irgendwie motivierten Kommunikationswillen auf die Erklärung zum Abschluss eines Mediationsvertrages einlassen⁴¹². Weil die mangelnde Verhandlungsbereitschaft den Hinweis auf die fehlende Freiwilligkeit ergeben könnte, ist es ein Me-

⁴¹¹ AG Bochum, Beschluss vom 20.12.2002 59 F 335/02

⁴¹² *Neuner*, JuS 2007, 881

diationsfehler, wenn der Mediator diese Merkmale übersieht und die Medianden nicht darauf anspricht.

✎ Mangelnde Verhandlungsbereitschaft wird ignoriert

[394] Abgesehen von dem noch immer in Kraft befindlichen § 15 a EGZPO und die diesen ausführenden Landesgesetze, eröffnet die Regelung des FamFG in § 156 Abs. 1 zwar nicht die Verpflichtung zur Teilnahme an einer Mediation wohl aber die Verpflichtung zur Teilnahme an einem kostenlosen Informationsgespräch über die Mediation⁴¹³. Diese Vorschrift steht mit dem Mediationsgesetz im Einklang. Das Mediationsgesetz stellt in § 1 Abs. 1 und § 2 Abs. 2 die Freiwilligkeit der Mediation besonders heraus. Die Freiwilligkeit steht jedem Zwang zum Abschluss eines Mediationsvertrages im Wege. Die Anordnung eines freiwilligen Verhaltens würde seine Freiwilligkeit aufheben. Der Zwang wird zur stupiden Formalität, weil die (uneinsichtige) Partei den MV sofort nach seinem Zustandekommen ohne Angabe von Gründen kündigen darf.

Mediationsrechtliche Grenzen

[395] Motive sind, juristisch betrachtet, zu vernachlässigen⁴¹⁴. In der Mediation spielen sie hingegen eine ganz besonders wichtige Rolle. Sie verbergen sich in den Interessen und Bedürfnissen, welche in Phase drei mitunter aufwändig erhoben werden. Von den Streitmotiven sind die Verfahrensmotive zu unterscheiden, auch wenn sich

⁴¹³ Beispiel und Ablauf eines Infogespräches: *Bohnet* (Infogespräch)

⁴¹⁴ Diese Aussage bezieht sich auf Motivirrtümer im Zivilrecht. Nicht gemeint ist das Tatmotiv des Strafrechts.

hier Überlappungen ergeben. Sobald Zwang und Druck zur Teilnahme an der Mediation oder gar zum Abschluss einer Mediationsvereinbarung (MV oder MDV) drängen, kollidieren das Prinzip der Freiwilligkeit, der Vertragscharakter und das Wesen der Mediation [39]. Unabhängig von der jeweiligen Rechtsquelle ist deshalb jegliche Teilnahmeverpflichtung, welche die Parteien in die Mediation bindet, sowie Kündigungsverbote oder Erschwernisse, welche die Medianten gegebenenfalls daran hindern, die Mediation abzubrechen, als ein Verstoß gegen das Mediationsrecht anzusehen. Ein solches Verbot dient nicht nur zum Schutz des Medianten. Es sichert vielmehr auch die korrekte Durchführbarkeit eines Verfahrens [673], das auf der Parteiautonomie [188] basiert.

[396] Trotzdem bleibt festzuhalten, dass sowohl die Verpflichtung zur Mediation sowie der gegebenenfalls ausgeübte Druck auf die Parteien, methodisch betrachtet, dem Erfolg der Mediation nicht zwingend im Wege stehen⁴¹⁵. Anders verhält es sich nur, wenn die Ausübung von Druck bei dem Medianten einen inneren Widerstand hervorruft, der nicht gegen die Präsenz der anderen Partei, sondern gegen das *Mediationsverfahren* an und für sich gerichtet wird. Der Mediator wird dies an der mangelnden Verhandlungsbereitschaft erkennen. Mithin kommt es also weniger darauf an, *wie* der Mediant zur Mediation gekommen ist, als darauf, ob und wie er sich in der Mediation verhält und ob aus welchen Motiven heraus er in der Mediation verbleibt. Bei der Ausübung von Zwang ist es deshalb hilfreich, zwischen dem auf die Par-

⁴¹⁵ Jenkel (Streitschlichtungsversuch), s.a. Marx (2010), S. 136

teien ausgeübten Druck zur Nachfrage der Mediation (Nachfragedruck) einerseits und dem auf die Medianden ausgeübten Druck zum Verbleib in der Mediation⁴¹⁶ und zur Erzielung einer Mediationsabschlussvereinbarung (Durchführungsdruck) andererseits zu unterscheiden.

⚡ Druckausübung

[397] Als problematisch erscheint es bereits, wenn der Mediator eine erkennbar mangelnde Verhandlungsbereitschaft ignoriert.

⚡ Mangelnde Verhandlungsbereitschaft ignoriert

Er sollte klären, worauf das beobachtete Phänomen zurückzuführen ist und gegebenenfalls, woraus der Widerstand der Partei gegen die Mediation resultiert. Dass sich der „natürliche“ konfliktbedingte Widerstand, dem Gegner Zugeständnisse zu machen, innerhalb der Mediation ohne weiteres überwinden lässt, entspricht der Logik des mediativen Erkenntnisprozesses⁴¹⁷. Die Erfahrung hat sich beispielsweise in der „Cochemer Praxis“⁴¹⁸ bestätigt. Hier haben das Gericht, die Anwaltschaft, das Jugendamt und die Beratungsstelle den Eltern die Einigung als klare und einzige Möglichkeit vorgegeben, ihr Problem zu lösen. Nach anfänglichem Widerstand haben sich die Parteien auf ihr Schicksal eingelassen und befriedigende Lösungen erarbeitet. Auch im Altenkirchener Modell⁴¹⁹ konnte anfänglicher Widerstand mit den auch in der Me-

⁴¹⁶ Abschreckendes Beispiel: Wikipediation (Muscle Mediator)

⁴¹⁷ *Trossen* (Alternative)

⁴¹⁸ Wikipediation (Cochemer Praxis)

⁴¹⁹ *Trossen / Kempf* (Integration), ZKM 2000, 166. Siehe auch Wikipediation(Altenkirchener Modell)

diation zur Verfügung stehenden Mitteln überwunden werden. Begründen lässt sich das Phänomen aus dem Erkenntnisprozess der Mediation heraus. Er ist so angelegt, dass die Medianden ihre Bereitschaft zum Verhandeln spätestens im Verlauf des Verfahrens entwickeln⁴²⁰. Einem kompetenten Mediator gelingt es deshalb ohne weiteres, die Verhandlungsbereitschaft auch dann herzustellen, wenn die Parteien in die Mediation gezwungen wurden⁴²¹.

[398] Eine direkte Verpflichtung zur Teilnahme an einer Mediation würde die Mediation allerdings in die Liga der einseitig – in dem Fall sogar der von außen und durch Dritte - abrufbaren Verfahren einreihen. Ein Verfahren dieser Kategorie ist zum Beispiel das Strafverfahren. Einseitig abrufbare Verfahren stehen im krassen Widerspruch zur Rechtsnatur der Mediation. Die Mediation würde nicht mehr durch einen Vertrag, der Einigkeit voraussetzt beginnen, sondern durch eine Verordnung, die Gehorsam erwartet. Sie würde sich dann endgültig als ein hoheitliches Verfahren präsentieren und müsste dementsprechend umgestaltet werden. Das ist der Grund, warum alle Diskussionen um die Mandatory Mediation, also eine verpflichtende Mediation [141], am Wesen der Mediation [39] vorbei gehen. Sie ignorieren ihre rechtliche Legitimation und setzen sich schlicht über ihren Rechtscharakter hinweg. **Die Mediation kommt stets durch eine Vereinbarung zustande.** Wie ausge-

⁴²⁰ *Trossen* (Alternative)

⁴²¹ Diese Möglichkeit wurde auch vom BGH für das Schlichtungsverfahren angenommen, das gegen die ablehnende Haltung der Parteien eingeleitet wird: BGH, NJW 1984, 669

führt, hat auch die Vereinbarung der MDV [407] einen vertraglichen Charakter.

[399] Eine dem Vertrag vorausgehende Verpflichtung zum Abschluss eines Vertrages ist in unserem Rechtssystem nicht unbekannt. Die Juristen sprechen vom Kontrahierungszwang. Der Kontrahierungszwang steht nicht nur im Widerspruch zum Grundsatz der Privatautonomie sondern auch zum Wesen der Mediation, wo die Freiwilligkeit eine zentrale Rolle spielt. Eine privatrechtliche Vorverpflichtung wird als ein Vorvertrag bezeichnet. Ein Vorvertrag ist dann verbindlich, wenn er der Form des abzuschließenden (Haupt-) Vertrages entspricht. Der Vorvertrag zum Abschluss eines Grundstückkaufs beispielsweise bedarf zu seiner Wirksamkeit der notariellen Beurkundung, weil das Hauptgeschäft eine notarielle Beurkundung erfordert⁴²². Die Vereinbarung zur Durchführung einer Mediation ist formfrei möglich. Insoweit bestehen keine Bedenken gegen eine vorvertragliche Verpflichtung, wenigstens nicht, solange der Vorvertrag das Wesen des Hauptvertrages nicht beeinträchtigt. Mithin muss der Vorvertrag zur Durchführung einer Mediation auch dem Wesen der Mediation entsprechen. Privatrechtliche Vorverpflichtungen zur Durchführung einer Mediation finden sich in so genannten Mediationsklauseln. .

Mediationsklauseln

[400] Eine Klausel ist im Rechtswesen eine genau definierte Einzelbestimmung, die in Verträgen eingearbeitet

⁴²² Schumacher (Staudinger), § 311b Abs 1, Rn 328 - 329

wird. Die Mediationsklausel ist eine in einem Vertrag eingearbeitete Vereinbarung, die im Falle eines Streites über den Vertrag vorsieht, diesen Streit (zunächst) im Wege der Mediation zu klären. **Mittels der Mediationsklausel wird die Durchführung der Mediation zu einer Prozessvoraussetzung erhoben.** Sie *muss* bei der Einreichung einer Klage also vom Gericht geprüft werden. Wurde trotz des Vorliegens einer Klausel keine Mediation durchgeführt, ist die Klage dem Willen der Parteien gemäß als unzulässig abzuweisen⁴²³. Das Gericht hat nach *Unberath* kein Ermessen bei der Auslegung dieser Klausel, allenfalls bei der Frage, ob ein Mediationsverfahren durchgeführt wurde oder nicht. Eine andere Auffassung vertrat das LG Heilbronn⁴²⁴. Dort wurde entschieden, dass eine Mediationsklausel nicht geeignet sei, das Streitverfahren zu verhindern. Die Kompetenz der Mediation verkennend, vertrat das Gericht die Auffassung, ein auf Freiwilligkeit basierender Güteversuch erweise sich als „bloße Förmerei“, wenn die Mediationsklausel eine jederzeitige Möglichkeit vorsehe, die Mediation wieder zu beenden. Eine solche Klausel sei damit nicht mehr als ein (durchaus vernünftiger) Appell an eine gütliche Einigung. Ein Klagehindernis erwachse daraus jedoch nicht⁴²⁵. Zutreffend ist allerdings, dass ein Versprechen zur *Durchführung* einer Mediation dem Grundsatz der Freiwilligkeit widerspricht. Insoweit ist dem Landgericht Heilbronn zuzustimmen. Übersehen

⁴²³ *Unberath* (Mediationsklauseln), NJW 2011, 1320

⁴²⁴ LG Heilbronn 4. Zivilkammer, 4 O 259/09, Urteil vom 10.09.2010

⁴²⁵ Kritisch dazu *Lapp*, JurisPR-ITR 2/2011 Anm. 4 = jurisPR ext-Rechtsanwalt 2011, 80-81

wurde jedoch, dass der Versuch zur Durchführung einer Mediation durchaus einen verpflichtenden Inhalt darstellen kann. Die für die Durchführung der Mediation erforderliche Verhandlungsbereitschaft der Parteien kann vor einem sachkundigen Gremium (einem qualifizierten Mediator) durchaus (etwa in einem Vorgespräch über die Mediation) erzeugt werden⁴²⁶. Zu berücksichtigen ist auch, dass die Mediationsklausel auf einer Vereinbarung der Parteien beruht und nicht von außen vorgegeben ist. Schon der Respekt verhindert es, sich einfach über eine solche Vereinbarung hinwegzusetzen.

☞ Mediationsklauseln gesetzlich legitimieren

[401] Weil die Verpflichtung zur Durchführung einer Mediation gegen den Grundsatz der Freiwilligkeit verstößt, kann sich die Mediationsklausel nur auf die Verpflichtung erstrecken, eine Mediation zu versuchen. Auch ist es möglich, dass die Parteien in der Klausel Kriterien vereinbaren, die diesen Versuch erkennbar machen. So gesehen mag der Abschluss eines Mediationsvertrages als eine den Versuch dokumentierende Geste verstanden werden. Allerdings erlaubt der Grundsatz der Freiwilligkeit auch die Meinungsänderung. Die gegnerische Partei hat das Recht, die Mediation jederzeit ohne Angabe von Gründen zu kündigen. Das Kündigungsrecht wird im Mediationsvertrag zusammen mit der Freiwilligkeit manifestiert. Streng genommen, wird das Kündigungsrecht also erst mit dem Mediationsvertrag etabliert. Da der Vorvertrag dem Hauptgeschäft entsprechen muss, wäre es konsequent, die Kündigung bereits vor dem Abschluss

⁴²⁶ BGH, NJW 1984, 669

des Mediationsvertrages zuzulassen und bereits auf den Vorvertrag zu beziehen. Andererseits würde eine solche Rechtsfolge die Vereinbarung der Parteien ignorieren. Immerhin ist es möglich, dass die Parteien sich auf den Vertrag eingelassen haben, weil sie davon ausgingen, dass im Falle eines Streites alles versucht wird, eine Eskalation zu vermeiden. Zu prüfen wäre also, ob der Verstoß gegen die vorvertragliche Verpflichtung nicht sogar Einfluss auf das Hauptgeschäft nehmen und diesem die Geschäftsgrundlage entziehen kann. Eine Verpflichtung, Streit zu vermeiden, sollte unsere Rechtsordnung sehr ernst nehmen. Rechtlich unbedenklich ist es deshalb, wenn eine Mediationsklausel weder die Durchführung einer Mediation noch den Abschluss eines Mediationsvertrages selbst, sondern die Pflicht vorschreibt, sich zu verabreden, um eine Mediation ernsthaft zu versuchen⁴²⁷. Sie kann sich auf die verbindliche Teilnahme an einem Informationsgespräch mit dem Ziel der Durchführung einer Mediation beschränken. Die Teilnahme an einem Informationsgespräch lässt den Parteien die Entscheidung offen, ob sie einen Mediationsvertrag abschließen oder nicht. Sie hat weiterhin den Vorteil, dass sie einen äußeren Tatbestand vorgibt, den das Gericht auch überprüfen kann. Kommt das Gericht dann zu dem Ergebnis, dass ein Mediationsverfahren nicht einmal versucht wurde, dann muss es die Klage als unzulässig abweisen.

[402] Damit die Mediationsklausel eine fehlerfreie Mediation ermöglicht, muss sie dem Wesen der Mediation [39]

⁴²⁷ *Unberath* (Mediationsklauseln)

entsprechen. Inhaltliche, thematische oder ideologische Vorgaben sind deshalb grundsätzlich bedenklich. Eine Klausel etwa, welche den Medianden eine Mediation auferlegt, deren Ergebnis sich im Rahmen vorgegebener Vorstellungen zu bewegen habe (etwa dass die Einigung nur auf der Grundlage möglich sei, wenn beide Eltern für ihr Kind zur Verfügung stehen), würde gegebenenfalls den Interessen der Medianden oder gar Dritter (hier dem Kind) vorgreifen, dem Mediator eine Meinung abverlangen, Evaluationen erzwingen und den Entscheidungsrahmen einengen. Eine solche Klausel ist, wenn sie auf den Willen aller Medianden zurückzuführen ist, nicht unzulässig. Sie würde der Mediation allerdings die Grundlage entziehen, falls sich in Phase drei (der Interessenerhellung) ein anderer Eindruck herausstellen würde. Letzten Endes drückt eine derartige Klausel nicht mehr aus als mangelndes Vertrauen in die Mediation. Sie will den Entscheidungsrahmen vorgehend absichern. Selbst wenn sich beide Vertragsparteien darauf einlassen sollten, ist eine derartige Klausel nur zulässig, wenn sie der freien Interessenbekundung aller möglichen Betroffenen [419] nicht im Wege steht und den Mediator nicht in die Pflicht nimmt, Meinungen zu kontrollieren. Alles andere würde die Unabhängigkeit des Mediators in Frage stellen.

✎ Einengende Vertragsklauseln

[403] Vorkehrungen, die schon im Vorfeld regeln, was zu geschehen hat, falls sich die Parteien nicht auf einen Mediator einigen können, sind grundsätzlich restriktiv und mit größter Vorsicht zu behandeln. Eine Regelung, wonach die Zustimmung nach Zeitablauf unterstellt wird,

widerspricht der Natur eines informellen Verfahrens schon im Grundsatz. Das gleiche gilt für Regelungen, die eine Ablehnung nach Zeitablauf unterstellen. Derartige Regeln formalisieren die Kommunikation. Anders als im juristischen Verfahren, erlaubt das Schweigen in psychologischer Hinsicht keine Erklärungsfiktion. Die Bedeutung des Schweigens wäre herauszuarbeiten. Erklärungsfiktionen sind nur möglich, wo beide Parteien sich explizit darauf verständigt haben. Mithin sind einseitig aufgestellte Klauseln, die etwa die Ablehnung der Mediation unterstellen, falls nach einer vorgegebenen Zeit keine Zustimmung eingeht⁴²⁸, mit dem Wesen der Mediation [39] nicht verträglich. Möglich und zulässig ist es indes, wenn sich beispielsweise eine Partei an ihr Angebot zur Durchführung einer Mediation nur zeitlich begrenzt gebunden fühlen will. Nachdem § 147 BGB vorschreibt, dass der einem Abwesenden gemachte (Vertrags-) Antrag nur bis zu dem Zeitpunkt angenommen werden kann, in welchem der Antragende den Eingang der Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten darf, mag die Ablehnungsklausel als die Verlängerung der Annahmefrist i.S.d. § 147 BGB verstanden werden.

[404] Klauseln, welche die Auswahl des Mediators Dritten überlassen, sind ebenfalls bedenklich. Zwar sieht das Zivilrecht die Möglichkeit vor, Leistungsinhalte eines Vertrages durch Dritte zu bestimmen (§ 317 BGB). Ihrem Wortlaut nach gelten die Vorschriften der §§ 317 bis 319 jedoch nur für Verträge, in denen die Parteien überein-

⁴²⁸ Bedenklich also die Klausel in der Mediationsordnung der IHK München veröffentlicht in „Wirtschaft – das IHK-Magazin für München und Oberbayern“, 01/2013

gekommen sind, eine Lücke des Vertrages durch einen Dritten schließen zu lassen. Die Befugnis des Dritten zur *Vertragsergänzung* kann sich auf die Leistung selbst oder auf einzelne Modalitäten der Leistung beziehen⁴²⁹. Die Überlassung der Auswahl des Mediators an Dritte ist indes keine Vertragsergänzung, wenn der Mediationsvertrag noch gar nicht zustande gekommen ist und der Mediator der Vertragspartner sein soll. Eine Vertragsergänzung ist sie nur dann, wenn der Mediationsvertrag etwa mit einer Mediationsfirma geschlossen wird, die mehrere Mediatoren zur Auswahl anbietet. § 2 Abs. 4 stellt das Recht der Medianden, den Mediator zu wählen, ausdrücklich heraus. Mithin ist die Möglichkeit der einseitigen Bestimmung eines Mediators in der Mediationsklausel oder die Einräumung eines Fremdbestimmungsrechtes nicht mehr als ein Vorschlag, den die Parteien gegebenenfalls aber nicht grundlos verweigern können. Ohne weiteres zulässig ist die Fremdbestimmung eines Mediators für ein Informationsgespräch.

[405] Mediationsklauseln sind auch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) zulässig (§§ 305-310 BGB), wenn die Vertragspartner zustimmen. Individualabreden bleiben jedoch vorrangig. AGBs dürfen nach § 305c Abs. 1 und 2 keinen ungewöhnlichen Inhalt und keine Überraschungsklauseln beinhalten. Über diese Vorschriften kommen die Prinzipien der Mediation indirekt zur Anwendung⁴³⁰. AGB's kommen besonders bei der institutionalisierten Mediation [143] zum Einsatz. Sie sind, auch

⁴²⁹ Würdinger (Münchener Kommentar) BGB § 317 Rn 6-7

⁴³⁰ Ausführlich dazu: *Friedrich SchiedsVZ* 2007, 31-36

wenn sie unter anderem Namen (etwa als Mediationsordnung [201]) eingeführt werden, vorgefertigte Vertragsinhalte, die in den Mediationsvertrag einzubeziehen sind. Eine bloße Bezugnahme ist unzulässig. Sie kollidiert mit § 2 Abs. 2 wonach sich der Mediator zu vergewissern hat, dass die Medianden alle das Verfahren betreffenden Regelungen verstanden hat.

✎ Bezugnahme auf Klauseln und Ordnungen

Fortsetzungsklauseln

[406] Von der Mediationsklausel ist die Fortsetzungsklausel zu unterscheiden. Dabei handelt es sich um eine Regelung im Mediationsvertrag oder in der MAV, wonach die Medianden sich verpflichten, bei neu auftretenden Streitigkeiten über die Vereinbarung oder den Gegenstand des Verfahrens wieder eine Mediation in Anspruch zu nehmen, bevor die Auseinandersetzung in ein streitiges Verfahren überführt wird. Fortsetzungsklauseln sind so genannte Salvatorische Klauseln und als solche bedenkenlos zulässig. Salvatorische Klauseln sind bewahrende Klauseln. Sie beschreiben die Rechtsfolgen, die eintreten sollen, wenn sich einzelne Vertragsbestandteile als unwirksam oder undurchführbar erweisen sollten oder wenn es sich herausstellt, dass der Vertrag Fragen nicht regelt, die eigentlich hätten geregelt werden müssen⁴³¹. Ihre Rechtsfolge entspricht den Mediationsklauseln, soweit sie ein Prozesshindernis für Folgeverfahren vereinbaren. Eine Kollision mit dem Tätigkeitsverbot besteht nicht [877].

⁴³¹ Wikipedia (Begriff), Salvatorische_Klausel

☞ Fortsetzungsklauseln gesetzlich legitimieren

Die Mediationsdurchführungsvereinbarung

[407] **Die MDV konstituiert das Verfahrensrecht der Mediation.** Sie betrifft alle Vereinbarungen, mit denen das prozedurale Miteinander in der Mediation, also das eigentliche Prozessrechtsverhältnis fixiert wird. Mit einem Vertrag wird das soziale Verhalten der Akteure durch eine gegenseitige Selbstverpflichtung⁴³² koordiniert. Nichts anderes geschieht im Arbeitsbündnis der Mediation⁴³³, das in der MDV dokumentiert ist.

Der Vereinbarungsabschluss

[408] Wenn im Zusammenhang mit der MDV von einer Vereinbarung statt von einem Vertrag gesprochen wird, dann nur, um eine bessere Unterscheidung zum MV zu ermöglichen. Wie jeder Vertrag kommt auch die MDV durch übereinstimmende Willenserklärungen zustande, die zwischen den Vertragsparteien abzustimmen sind.

Die Prozessbeteiligten

[409] **Anders als der MV kann die MDV nur mit natürlichen Personen vereinbart werden.** Unter anderem auch deshalb können die Vertragsparteien der MDV von den Vertragsparteien des MV abweichen.

⁴³² Wikipedia (Begriff), Vertrag

⁴³³ Das ist eine Bezeichnung der Phase eins, die auch Initialisierung genannt wird.

Parteien des MDV

[410] Parteien des MDV sind die aktiv in das Verfahren eingebundenen Personen, unabhängig davon, ob sie auch Parteien des MV sind oder nicht. Gemeint sind der oder die Mediatoren und die Medianden, gegebenenfalls auch Dritte, die in das Verfahren eingebunden werden [204]. Ein besonderes Augenmerk ist auf die Betroffenen [419] zu richten. Sie werden im Gesetz nicht erwähnt, obwohl sie in der Mediation die Hauptrolle spielen. Die Identifikation der Parteien [204] wird in der Prüfungsfolge bei der Geeignetheit erörtert §.

Der Mediator

[411] Der Mediator ist eine natürliche, geschäftsfähige Person im Rechtssinne, welche die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 erfüllt [696] und die Durchführung der Mediation ermöglicht. Er wird Vertragspartei der MDV, indem er mit den Medianden verbindliche Verfahrensabsprachen trifft.

[412] Wenn Auftragnehmerin eine Mediationsfirma ist, deren Angestellter die Mediation durchführt [442], dann wird der Mediator Vertragspartner der MDV, während die Mediationsfirma Vertragspartnerin des MV ist. MV, gegebenenfalls der Arbeitsvertrag des Mediators und die MDV müssen aufeinander abgestimmt sein. Sie müssen die Unabhängigkeit und Neutralität des Mediators garantieren, sowie die Vertraulichkeit und die Freiwilligkeit absichern [442][445].

Die Medianden

[413] Der Begriff Medianden wird dem im Gesetz verwendeten Begriff der Parteien [659] vorgezogen. Er begünstigt die Unterscheidung zwischen Vertrags- (MV) und Prozessparteien (MDV). **Medianden sind die in der Mediation auf der Konfliktseite auftretenden Verhandlungspartner.** Sie sind Parteien der MDV und als Prozessparteien gegebenenfalls von den Vertragsparteien des Mediationsvertrages zu unterscheiden. In den folgenden Fällen weichen die Vertragsparteien von den Prozessparteien, den Medianden ab:

1. In der Wirtschaftsmediation erscheint der Geschäftsführer einer GmbH als Vertreter der juristischen Person. Er ist also der Mediand. Die Partei hingegen ist die juristische Person (in dem Beispiel die GmbH).
2. In der Wirtschaftsmediation erscheint ein Mitarbeiter (etwa der Abteilungsleiter), der zwar eine Verhandlungs- aber keine Abschlussvollmacht besitzt. Auch in dem Fall wäre der Mitarbeiter als Mediand, nicht jedoch als Partei oder gar als Dritter anzusehen.
3. Bei Mediationen im innerbetrieblichen Bereich wird der Mediationsvertrag mit dem Arbeitgeber als Auftraggeber geschlossen, während die Teilnehmer an der Mediation, also die Medianden, die im Streit befindlichen Mitarbeiter sind. Die MDV wird mit ihnen abgeschlossen [445].
4. Wenn ein Rechtsanwalt *für* eine Partei erscheint, ist die Partei die vom Anwalt vertretene Person.

Sie wird durch die Vertretung als präsent behandelt. Trotzdem wird der vertretende Anwalt nicht selbst Partei. Er ist aber Mediand, weil er für die Partei verhandelt, obwohl er nicht der Interessenbetroffene ist.

5. Wenn Kinder als Partei, also als interessensbetroffene Medianden an der Mediation teilnehmen, kann ein Mediationsvertrag mangels Geschäftsfähigkeit mit ihnen nicht geschlossen werden. Wenn sie mediationsfähig sind, können sie aber dennoch als Medianden teilnehmen und als Partei des MDV auftreten.

Die Mediandenfähigkeit

[414] In jedem Fall hat der Mediator zu prüfen, ob die anwesende Person über den Streitgegenstand disponieren kann. Es wäre dem Mediator anzulasten, wenn sich am Ende von langen Verhandlungen herausstellt, dass die Medianden gar nicht legitimiert sind, eine streitbelegende Vereinbarung zu treffen.

✎ Dispositionsbefugnisse nicht geprüft

[415] Wer die „richtigen“ Medianden sind, erfährt der Mediator über die Konfliktanalyse. Wenn ein Streit zwischen juristischen Personen beizulegen ist (zwei GmbHs streiten über ein missglücktes Projekt), können die Parteien selbst nicht erscheinen, weil sie nur juristische aber keine existierenden Personen sind. Juristische Personen handeln durch ihre Organe. Dem Mediator obliegt die Prüfung der ordnungsgemäßen Vertretung. **Er muss sicherstellen, dass die im Streit auftretenden Personen**

verbindliche Vereinbarungen als Partei oder für die Partei treffen können, die geeignet sind, den Streit beizulegen.

[416] Neben der Vertretungsbefugnis hat sich der Mediator auch zu vergewissern, dass die verhandelnde Person in der Lage ist, die Motive und Beweggründe der betroffenen Partei zu äußern. Oft sehen sich Vertreter als berufene Interessenvertreter. Sie kennen die Lösungen, nicht aber die Beweggründe, die andere Lösungen erlauben. Der Mediator muss gegebenenfalls abstimmen, wie fehlende Informationen beigebracht oder mangelnde Befugnisse überwunden werden können.

✎ Mediandenfähigkeit nicht geprüft

Mediationsfähigkeit

[417] Das Beispiel der minderjährigen oder gar geschäftsunfähigen Partei beweist, dass die Anforderungen an die kontrahierenden und die teilnehmenden Parteien auseinanderfallen können. Die Medianden können gegenüber den Vertragsparteien privilegiert werden, weil sie von der Pflicht zur Honorierung befreit sind. Man könnte also daran denken, dass der Abschluss einer MDV für Minderjährige ohne weiteres möglich ist, solange der Minderjährige nach § 107 BGB durch seine Willenserklärung nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt. Ob die MDV lediglich rechtliche Vorteile bringt, bedarf der Einzelfallbetrachtung. Schon der Haftungsausschluss oder die Haftungsbeschränkung des Mediators führen zwar nicht zu einer rechtlichen Verpflichtung der Medianden. Als für die Medianden rechtlich vorteilhaft ist sie indes

nicht zu bewerten. Auch die Verpflichtung zur Vertraulichkeit hat eine juristische Tragweite, welche die Geschäftsfähigkeit Minderjähriger durchaus übersteigen mag.

[418] Die Mediationsfähigkeit beschreibt die Kompetenz der Medianden, dem Verfahren folgen zu können. Sie sollte keine Entschuldigung für eine schlechte Vermittlung des Mediators sein und nicht dafür herhalten, seine Verantwortung für die Förderung der Kommunikation (wie auch von § 2 Abs. 2 verlangt) auf die Medianden abzuwälzen.

✎ Mediations(un)fähigkeit nicht geprüft

Ergeben sich im Verlauf der Mediation Anhaltspunkte für eine verminderte Mediationsfähigkeit, hat der Mediator die Ursachen dafür positiv festzustellen, um gegebenenfalls geeignete Interventionen anzubringen oder das Verfahren abubrechen.

Die Interessenbetroffenen

[419] Im Idealfall sind die Medianden mit den Interessenbetroffenen identisch. In der Praxis ist das aber nicht immer der Fall. Hier kann es passieren, dass die an den Verhandlungen beteiligten Medianden nicht identisch sind mit den Konfliktbetroffenen. Wer betroffen ist, wird über eine so genannte Konfliktanalyse ermittelt, innerhalb der gegebenenfalls Konfliktlandkarten erstellt werden. **Konfliktlandkarten helfen das Konfliktvorkommen und die beteiligten Konfliktpartner zu identifizieren.** Der Mediator hat zwei Fälle zu unterscheiden:

- Der Mediator ist nicht der Betroffene [414]
- Einer der Betroffenen nimmt nicht teil.

[420] Auch wenn alle Interessenbetroffenen zu involvieren sind, gelingt es in der Praxis nicht immer, dass tatsächlich alle Betroffenen in das Verfahren einbezogen werden können. Anders als im Gerichtsverfahren ist es nicht möglich, gegen eine nicht auftretende oder gegen eine nicht erschienene Partei ein Versäumnisurteil zu erlassen. Stellt es sich heraus, dass weitere Interessenbetroffene in Betracht kommen, ohne dass die Mediatoren sie involvieren möchten, dann hat der Mediator zu prüfen, ob und inwieweit die Mediation gegebenenfalls auch mit den verbliebenen Betroffenen einen Sinn macht und stattfinden sollte. Der Mediator kennt Möglichkeiten, nicht präsente oder nicht involvierte Interessenträger zu repräsentieren, so dass die Mediation auch mit den präsenten Parteien ein sinnvolles Ergebnis abbilden kann. Interventionstechnisch kann er mit dem leeren Stuhl arbeiten⁴³⁴. Es gibt aber weitaus mehr Techniken, die dieses Problem überwinden lassen⁴³⁵.

[421] Keinesfalls darf der Mediator nicht präsente Personen als Interessenwahrer vertreten. Eine solche Positionierung würde dem Grundsatz der Neutralität widersprechen. Bei nicht anwesenden, schutzbedürftigen Kindern wird fälschlicherweise mitunter angenommen, der Mediator habe die Interessen der Kinder zu vertreten.

Eine Interessenvertretung steht dem Mediator in

⁴³⁴ Wikipediation(Leerer Stuhl)

⁴³⁵ Alle Techniken werden beschrieben auf Wikipediati-on(Werkzeugkoffer). Dort gibt es auch einen Interventionen-browser, der die passende Intervention vorschlägt.

keinem Fall zu. Dazu besteht auch keinerlei Veranlassung. Korrekt verhält er sich, wenn er die möglichen Interessen des nicht anwesenden anspricht und hinterfragt, wobei er darauf achtet, dass Entscheidungen nicht über den Kopf des Abwesenden hinweg getroffen werden.

✎ Mediator fühlt sich zur Interessenvertretung berufen

[422] Im Ergebnis muss es möglich sein, im Einverständnis der Medianden die Mediation etwa bei drei Betroffenen einer Erbengemeinschaft auch mit nur zwei von ihnen durchzuführen. Es ist zu klären, ob dies sinnvoll ist. Gegebenenfalls kann der dann abzuschließende Mediationsvertrag oder die MDV auch nur mit den beiden Teilnehmern geschlossen werden. Parteien der Mediation sind dann also nur die Vertragspartner der MDV. Das dritte Mitglied der Erbengemeinschaft wäre – solange es nicht mit in den Vertrag einbezogen ist – somit Dritter i.S.d. Vorschrift. Seine spätere Einbeziehung bedarf der Zustimmung i.S.d. § 182 BGB. Die Zustimmung ist vorher als Einwilligung oder nachher als Genehmigung zu erklären. Soll der dritte Erbe nachher an der Mediation teilnehmen, ist der Mediationsvertrag entsprechend zu erweitern. Im Verhältnis zu ihm kann aber eine Erweiterung der Mediation ausgeschlossen sein. § 3 Abs. 2 und § 2 Abs. 4 sind gegebenenfalls zu beachten.

Dritte und sonstige einzubeziehenden Personen

[423] Nehmen Dritte oder sonstige Personen an der Mediation teil, ist es ratsam, mit ihnen eine modifizierte MDV zu vereinbaren, in der die Rechte und Pflichten dieser

Personen geregelt werden. Besonderheiten gelten hinsichtlich der zu vereinbarenden Verschwiegenheitspflicht [942].

Das Zustandekommen

[424] Falls die MDV nicht bereits Bestandteil des Mediationsvertrages ist, muss sie spätestens bei dem ersten Kontakt mit den Medianden abgeschlossen werden. Die Akteure, also die Medianden und der Mediator einigen sich darüber, wie die Mediation abzulaufen hat. Die MDV wird auch als Verhandlungsvertrag [222] bezeichnet. Phase eins wird aus dem gleichen Grund auch *Auftragsklärung* genannt.

[425] Was für den Mediator mit der Zeit wie eine alte Leier klingen mag, sind wichtige Fragen, die das Verhalten der Parteien und ihre Einstellung zur Mediation bedingen. Es stellt einen wesentlichen Teil des mit der Mediation zu ermöglichenden Kognitionsprozesses dar, wenn die Medianden mit dem Mediator den Rahmen für das nachfolgende Gespräch und seine Bedingungen auf einer *Metaebene vereinbaren*. Der Gesetzgeber stellt diese Notwendigkeit in § 2 Abs. 2 explizit heraus, indem er es dem Mediator auferlegt, sich zu vergewissern, dass die Parteien die Grundsätze und den Ablauf des Mediationsverfahrens verstanden haben und freiwillig an der Mediation teilnehmen. Leider lenkt auch diese Formulierung von der Notwendigkeit ab, sich über das Verfahren zu einigen. Die Auffassung *Unberaths*⁴³⁶, wonach die zentralen

⁴³⁶ *Unberath* in Greger/Unberath Teil II § 2 Rn 105 mit Verweis auf *Risse*, § 6 Rn 1

Fragen der Mediation idealerweise in einer Mediationsordnung [201] geregelt werden, auf die der Mediator zur Reduktion von Transaktionskosten (also zur Zeiteinsparung) verweist, um sofort mit der Konfliktlösung zu beginnen, impliziert ein juristisches Denken. Sie könnte sich, psychologisch betrachtet, spätestens dann als kontraproduktiv herausstellen, wenn dadurch der Aufbau des Verfahrensrituals [21] beeinträchtigt wird. Sie stellt dann einen Mediationsfehler dar.

✎ Verfahrensritual übergangen

[426] Juristisch lässt sich das Verfahrensritual als ein Abstimmungsprozess begreifen, in dem sich § 2 Abs. 2 verwirklicht. Ohne einen Verhandlungsauftrag hat der Mediator weder eine Befugnis, noch einen Anlass, über die intimen Probleme der Medianden zu sprechen. Ohne eine dahingehende Vereinbarung lassen sich die Prinzipien der Mediation [38] nicht etablieren. Die MDV ist also umso wichtiger, wenn die Parteien des MV und der MDV auseinanderfallen.

Die Formvorschriften

[427] Die MDV kann mündlich erfolgen. Wichtig ist, dass sie mit allen Akteuren und gegebenenfalls den Dritten und sonstigen am Verfahren teilnehmenden Personen *vereinbart* wird. Eine schriftliche Abfassung belegt die Vereinbarung. Sie ist - auch wenn sie gesetzlich nicht vorgeschrieben ist - in der professionellen Mediation zu empfehlen, schon um die Informationspflichten nachzuweisen.

📄 Schriftliche MDV

Der Vereinbarungsinhalt

[428] Inhaltlich betrifft die MDV alle auf das Verfahren bezogenen, notwendigen und grundlegenden Vereinbarungen. Sie konkretisiert nicht nur den Leistungsaustausch, sondern fixiert gegebenenfalls auch die Legitimation des Mediators bzw. der Mediatoren und reguliert das (Prozess-)Rechtsverhältnis zwischen den Parteien des Verfahrens. Die Inhalte sind durch das Gesetz, eventuelle Standards und Vereinbarungen des MV vorgegeben [250]. Die notwendigen Inhalte ergeben die Vertragsgestaltung [429].

Die Vereinbarungsgestaltung

[429] Der Mediator sollte in der MDV das Folgende festhalten⁴³⁷.

1. Bezugnahme auf den MV. Bei Personenverschiedenheit ist die Zielvorgabe [368] zu wiederholen
2. Klärung der Eigenschaften (Strategie und Zweck)
3. Klärung der Parteien, der Rollen und Verantwortlichkeiten sowie der Neutralität (§ 1 Abs. 2), Eigenverantwortlichkeit (§ 1 Abs. 1), mangelnde Entscheidungsbefugnis (§ 1 Abs. 2) bzw. Indetermination
4. Klärung des Ablaufs (§ 2 Abs. 2)
5. Klärung der Grundlagen (§ 2 Abs. 2)
Prinzipien wie Vertraulichkeit (§ 1 Abs. 1), Freiwilligkeit (§ 1 Abs. 1, § 2 Abs. 2), Allparteilichkeit (§ 2 Abs. 3), Informiertheit (§ 2 Abs. 6)

⁴³⁷ Vertragsmuster und ausführliche Besprechung der Vertragsinhalte siehe Trossen (Mediation professionell)

6. Offenbarungspflichten [790]
Umfang der Schweigepflicht (§ 4), Hinweise auf Bedenken gegen Neutralität (§ 3 Abs. 1), ggfls. auch auf Unabhängigkeit
7. evtl. Erweiterung der Schweigepflicht
8. Möglichkeit der Einzelgespräche (§ 2 Abs. 4)
9. Beendigung (Freiwilligkeit, § 2 Abs. 5)
10. Teilnahme Dritter (§ 2 Abs. 4)
11. Evtl. Ladung von Zeugen und Sachverständigen
12. Führungsstil (Ermächtigungen)
13. Externer Beratungsbedarf (§ 2 Abs. 6)
14. Zustimmung für Tätigkeiten i.S.d. § 3 Abs. 3
15. Verhalten außerhalb der Mediation (Waffenstillstand, Nichtbetreibung von Prozessen)
16. Hinweis auf Fristenlauf (Verjährung, Notfristen)
17. Protokollführung und Dokumentation (§ 2 Abs. 6)
18. Änderungs- und Ergänzungsklausel. Da die Vereinbarungen im Verlauf des Verfahrens ergänzt und geändert werden können, ist die MDV auch als ein offener Vertrag zu konzipieren.
19. Erlaubnis für Themen
20. Evtl. Gesprächsregeln

[430] Der Mediator hat darauf zu achten, dass die MDV rechtlich stimmig ist. Es wäre zum Beispiel irreführend, wenn der Mediator die Parteien im Rahmen eines Waffenstillstandsabkommens zur Nichtführung von Prozessen verpflichtet, ohne auf den Lauf derjenigen Fristen hinzuweisen, die gegebenenfalls durch die Mediation *nicht* gehemmt oder unterbrochen werden.

✎ Fehlender Fristenhinweis

Der Vereinbarungszeitpunkt

[431] Vereinbarungen über das Verfahren sollten in dem Moment getroffen werden, wenn sie anstehen. Vorratsvereinbarungen, wie etwa die vorweggenommene Zustimmung zu Einzelgesprächen, sind zulässig. Was nicht in der MDV verhandelt wird, kann jederzeit in den Mediationsabreden nachgeholt werden. Auch die Nachholung einer Mediationsdurchführungsvereinbarung ist jederzeit möglich. Je nachdem, auf welche vertraglichen Inhalte das bis dahin durchgeführte Verfahren zurückzuführen ist, handelt es sich gegebenenfalls um einen Verfahrenswechsel [70].

Die Mediationsabreden

[432] Die MDV ist nur eine *grundlegende* Vereinbarung über den Ablauf des Verfahrens. Zeitlich gesehen kommt es zwischen dem Mediationsvertrag und der Abschlussvereinbarung zu vielen weiteren Entscheidungen das Verfahren betreffend. Sie entsprechen den auf das Verfahren bezogenen Verfügungen in einem Gerichtsverfahren. Da der Mediator - anders als der Richter - jedoch keine originäre Verfügungsgewalt besitzt, werden diese Zwischenvereinbarungen als verfahrensleitende Absprachen, kurz: als **Mediationsabreden** (MA) bezeichnet. Ihrem Charakter nach sind sie meist zu unbedeutend, dass sie als ein Rechtsakt überhaupt wahrgenommen werden. Umso größer ist die Gefahr, dass der Mediator vergisst, die jeweilige Abstimmung vorzunehmen.

✎ Direktiven statt Absprachen

Einigungen in sonstigen Rechtsbeziehungen

[433] Das Netzwerk der Parteien und Beteiligten ist noch nicht abschließend beschrieben. Beachtenswerte Rechtslagen ergeben sich noch aus Querverbindungen und der Einbeziehung weiterer Personen [171] [204].

Medianden

[434] Spätestens, wenn die Medianden sich auch untereinander zur Verschwiegenheit [912] verpflichten, treten sie in eine Rechtsbeziehung zueinander. In der Praxis wird es nicht weiter auffallen, wenn die Medianden gemeinsam eine Vereinbarung unterzeichnen, in der sich jeder Teilnehmer an der Mediation zur Verschwiegenheitspflicht bekennt. Juristisch gesehen geht es aber nicht um ein Bekenntnis, sondern um einen einklagbaren Anspruch. Wenn die Verpflichtung zur Verschwiegenheit dem Mediator gegenüber abgegeben wird, ist sie im Verhältnis zur anderen Partei als ein Vertrag zu Gunsten Dritter einzuschätzen, falls sie nicht als eine direkte Verpflichtung der Parteien füreinander formuliert ist.

☐ Direkte Verschwiegenheitsverpflichtungen

[435] Probleme im Innenverhältnis der Parteien zueinander können auftreten, wenn beispielsweise eine Partei dem Termin unentschuldig fernbleibt und der anderen Partei dadurch Aufwendungen entstanden sind, weil der Mediator sie nicht abladen konnte oder die Parteien es versäumt haben, sich untereinander zu informieren.

☐ Haftungsfragen bei Terminversäumnis

[436] Natürlich kann der Mediator auch für derartige Fälle eine vertraglich festzuschreibende Regel einführen. Allerdings mag er in einem solchen Verhalten auch die geringe Verhandlungsbereitschaft erkennen. Es empfiehlt sich also, der Frage nachzugehen, wenn die Parteien einen nächsten Termin wahrnehmen. Nur zur rechtsdogmatischen Vollständigkeit sei erwähnt, dass sich in solchen Fällen ein Ersatzanspruch aus vertraglichen Nebenpflichten gem. § 311 Abs. 2 in Verbindung mit § 280 Abs. 1 in Verbindung mit § 241 Abs. 2 BGB herleiten ließe.

Co-Mediation

[437] Das Gesetz erlaubt es dem Mediator ebenfalls, den Mediationsvertrag zu kündigen und die Mediation zu beenden. Wenn zwei Mediatoren auftreten, steht dieses Recht natürlich jedem der Mediatoren, also auch dem Co-Mediator [120] zu. Keine Frage, dass sich die Mediatoren abstimmen sollten. Wenn beide im Vertrag als Co-Mediatoren entsprechend § 2 Abs. 1 von den Parteien ausgewählt wurden, dann ist davon auszugehen, dass die Medianden im Zweifel den Vertrag mit einem der Mediatoren *nicht* fortsetzen wollen. Die Rechtslage ist also die, dass der Mediationsvertrag mit der Kündigung auch nur eines der Mediatoren beendet wird. Es steht dem verbleibenden Mediator frei, mit den Medianden einen neuen Vertrag abzuschließen.

[438] Die Rechtsbeziehung der Mediatoren untereinander sollten durch einen separaten Vertrag konkretisiert werden, der auch mündlich geschlossen werden kann. Wenn der Rechtsgrund für ihre Zusammenarbeit nicht aus an-

deren Rechtsverhältnissen abzuleiten ist, dürfte eine BGB Gesellschaft⁴³⁸ zwischen dem Mediator und dem Co-Mediator angenommen werden.

[439] Hinsichtlich der Honoraransprüche sind die Mediatoren im Zweifel Gesamtgläubiger, wenn nichts anderes vereinbart wird. Die Gesamtgläubigerschaft ergibt sich aus § 428 BGB. Die Quotierung des Honorars ergibt sich aus der internen Vereinbarung, welche die Mediatoren miteinander zu treffen haben. Wenn nichts anderes vereinbart wird, ist davon auszugehen, dass die Teilung nach Kopfteilen erfolgt.

[440] Bezüglich ihrer Leistungsverpflichtung (also der Durchführung einer Mediation) haften die Co-Mediatoren gesamtschuldnerisch, wenn sich aus dem Mediationsvertrag nichts anderes ergibt. Fehler müssen sie sich also zurechnen lassen.

□ Haftung bei Co-Mediatoren

Team-Mediation

[441] Es gelten die Ausführungen zur Co-Mediation.

Donator

[442] Auch bei einer gestifteten Mediation, für die hier der Begriff der Donatormediation [140] eingeführt wurde, bestehen Rechtsbeziehungen zwischen dem Donator und den Medianden evtl. auch den Dritten. Wenn der Mediand beispielsweise das Recht erhalten soll, die Mediationstätigkeit des Mediators einzufordern, dann wird man

⁴³⁸ Gesellschaft bürgerlichen Rechts gem. §§ 705 ff BGB

einen sogenannten Vertrag zugunsten Dritter annehmen, wobei die Rechtsgrundlage aus dem MV gebildet wird. Der Rechtsgrund für den Vertrag zugunsten Dritter, also der Anlass für den Donator, eine solche Vereinbarung zu treffen, ergibt sich aus der Rechtsbeziehung zwischen Donator und Mediand. Sie mag sich aus dem Arbeitsverhältnis herleiten oder einfach eine Schenkung sein. Soll der begünstigte Mediand kein eigenes Recht erhalten, die Mediationstätigkeit einzufordern, dann handelt es sich um einen sogenannten unechten Vertrag zugunsten Dritter.

[443] Eine Rechtsbeziehung, die den Medianden zur Abnahme der Mediation verpflichten würde, wäre mit dem Wesen der Mediation nicht vereinbar und ist durch den Grundsatz der Freiwilligkeit ausgeschlossen. Wohl wäre es zulässig, die Informationspflicht (ähnlich dem § 81 Abs. 2 Nr. 5 FamFG [1193]) festzuschreiben. Es ist bei innerbetrieblichen Mediationen mit vielen Beteiligten also möglich, die begünstigten Mitarbeiter zur Teilnahme an einer Informationsveranstaltung über die Mediation zu verpflichten, wenn der Mediator dann auf die Freiwilligkeit der Teilnahme hinweist und die jederzeitige Freiheit der Medianden besteht, die Mediation wieder zu verlassen.

[444] Der begünstigte Mediand kann eigene Schadensersatzansprüche bei fehlerhaftem Verhalten des Mediators geltend machen, wenn der MV wenigstens als Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter angesehen wird. Dann hat der Begünstigte mithin der Mediand keinen eigenen Anspruch gegen den Schuldner. Er ist lediglich von

der (Schutz-)Wirkung des Vertrages erfasst. Typisches Beispiel ist der Mietvertrag, bei dem z.B. die Kinder an den Rechten aus dem Mietvertrag der Eltern (oder eines Elternteils) mit dem Vermieter teilhaben⁴³⁹. Die überwiegende Meinung sieht den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter als einen Unterfall des § 328 BGB an.

Mediator als Angestellter

[445] Ein Mediator kann sich in einem Anstellungsverhältnis befinden, wenn er als Angestellter einer Mediatoren-GmbH beschäftigt ist oder der Mitarbeiter eines Unternehmens ist, das Mediatoren etwa als Konfliktlotsen einsetzt. Der Anstellungsvertrag darf jedoch den Verpflichtungen nicht zuwiderlaufen, die der Mediator gegenüber den Medianden zu erfüllen hat. Der Anstellungsvertrag muss auch seine Unabhängigkeit i.S.d. § 1 gewährleisten und die vom Mediator zu garantierende Vertraulichkeit ermöglichen. Er muss dem Mediator die eigenständige Möglichkeit geben, sich für oder gegen die Mediation zu entscheiden und diese gegebenenfalls zu beenden. Der Mediator hat gem. § 3 Abs. 1 auf Umstände hinzuweisen, die seine Unabhängigkeit in Frage stellen.

✎ Hinweispflicht bei Anstellungsverhältnis

Zeugen

[446] Zeugen und Sachverständige sind „Dritte“ im Sinne des § 2 Abs. 3. Es wäre ungewöhnlich, wenn sie eine vertragliche Beziehung direkt mit dem Mediator eingehen

⁴³⁹ http://de.wikipedia.org/wiki/Vertrag_zugunsten_Dritter dl 12.5.2014

und von ihm beauftragt werden. Denkbar ist jedoch, dass sie zur Mediation eingeladen werden. Dann taucht die Frage nach der Erstattung der Auslagen und der Trägerschaft der Einladung auf. In der Mediation gibt es kein Zeugen- und Sachverständigenentschädigungsgesetz. Der Mediator sollte also klarstellen und gegebenenfalls mit den Medianden vereinbaren, wer den Zeugen bzw. Sachverständigen einlädt und wer ihn bezahlt. Am sichersten ist es, wenn bereits der Mediationsvertrag oder die MDV eine dementsprechende Klarstellung enthalten, falls Dritte im Auftrag der Parteien geladen werden oder von den Parteien zu laden sind.

📄 Regelung über die Ladung Dritter

[447] Wichtig ist es, den Parteien zu verdeutlichen, dass es *nicht* zu den Aufgaben des Mediators zählt, Beweise anzustellen oder Fakten zu klären. Er kann allerdings den Parteien eine Unterstützung anbieten.

⚡ Ungeklärter Ermittlungsanlass

[448] Hinsichtlich der Zeugenentschädigung gelten die Ausführungen zu den Honoraren [346]. Der Mediator mag darauf achten, dass die Zeugenvergütung keine Gewinner-Verlierer Kategorien festschreibt.

⚡ Zeugenentschädigung

[449] Falls der Dritte Informationen aus dem Verfahren bekommt, ist die Ausdehnung der Vertraulichkeit auch in diesem Fall durch eine mit ihm abzuschließende Mediationsdurchführungsvereinbarung (MDV) abzusichern. Die Verpflichtung muss den Streitparteien gegenüber

wirksam werden; also muss sie mit *ihnen* und gegebenenfalls den Medianden vereinbart werden.

✎ Fehlende Vertraulichkeitsabrede mit Dritten

Zuschauer und Hospitanten

[450] Während Hospitanten noch als in die Durchführung des Mediationsverfahrens eingebundene Personen im Sinne des § 4 angesehen werden können, haben Zuschauer einen anderen rein passiven Status. Die Frage, ob Zuschauer in einer vertraulichen Mediation überhaupt zugelassen werden dürfen, wird in der Kommentierung zu § 2 Abs. 4 erörtert. Falls Zuschauer zugelassen werden, ist zur Sicherheit auch hier zu empfehlen, mit ihnen eine separate Verschwiegenheitsverpflichtung als Mediationsdurchführungsvereinbarung (MDV) zu vereinbaren.

✎ Fehlende Vertraulichkeitsabrede mit Dritten

Rechtsanwälte

[451] Rechtsanwälte können verschiedene Rollen einnehmen in oder im Umfeld der Mediation. Sie können als externer Rechtsberater, als Beistand, als Parteivertreter und als Mediator fungieren. Der Mediator ist gut beraten, die Rolle der Anwälte in oder an der Mediation zu verdeutlichen und mit den Beteiligten abzustimmen. Diese Maßnahme trägt zum Verständnis des Verfahrens und der aufeinander abzustimmenden Funktionalität der einzelnen Beteiligten bei. Wenn der Rechtsanwalt als Berater an der Mediation teilnimmt, ist er Dritter [816] i.S.d. § 2 Abs. 4. So lautet jedenfalls die Begründung zum Gesetz-

entwurf⁴⁴⁰. Als ein Grundsatz mag festgehalten werden, **dass der Mediator immer dann, wenn Dritte an der Mediation teilnehmen, deren Rolle und die sich daraus ergebende Bedeutung und Funktionalität nicht nur mit den Parteien, sondern auch mit den Dritten zu klären und abzustimmen hat.**

✎ Rolle der Rechtsanwälte in der Mediation ungeklärt

[452] Rechtsberater können neben und in der Mediation in Erscheinung treten. **Als Berater übernehmen sie eine Dienstleistung, die dem Mediator verwehrt ist. Der Mediator übernimmt eine Dienstleistung, die den Rechtsanwälten als Parteivertreter verwehrt ist.** Im Netzwerk können Mediatoren und Rechtsanwälte sich optimal ergänzen. Nachdem der Mediator die Konfliktbeilegung ermöglicht hat, verbleibt dem Rechtsanwalt die Tätigkeit, für die er eigentlich ausgebildet wurde. Er bekommt im Idealfall einen unstreitigen Sachverhalt geliefert, der lediglich noch rechtlich auszuwerten ist. Mehr und mehr entsenden Rechtsanwälte, die diesen Vorteil erkennen, ihre Mandanten in die Mediation.

[453] Wenn der Rechtsanwalt als Berater in einer Mediation anwesend ist, sollte er sich darüber bewusst sein, dass er hier eine andere Rolle einnimmt. Er ist *kein* Parteivertreter. Die Partei kann für sich selbst sprechen. Die Sorge, der Rechtsanwalt müsse seine Partei vor unbeachteten Äußerungen schützen, ist hier zumindest im theoretischen Ansatz unbegründet⁴⁴¹. Die Mediation fin-

⁴⁴⁰ Begründung S. 23

⁴⁴¹ Der Schutzbedarf ist abhängig davon, inwieweit die Vertraulichkeit tatsächlich hergestellt werden kann.

det in einem geschützten Gesprächsrahmen statt, so dass Parteierklärungen solange unverbindlich sind, bis sie in eine Mediationsabschlussvereinbarung überführt werden. In einer Mediation steht der Rechtsanwalt bildlich gesprochen *hinter* der Mandantschaft nicht *vor* ihr. Er sollte dies (falls es der Mediator unterlassen haben sollte) seinen Mandanten klar machen. Für den Mediator und die Parteien ist es von Vorteil, wenn ein Rechtsanwalt anwesend ist. In dem Fall können Rechtsfragen sofort geklärt werden. Umgekehrt lässt sich die Regel ableiten, dass die Anwesenheit des Rechtsanwalts nicht erforderlich ist, wenn Rechtsfragen nicht oder nicht spontan zu klären sind. Wegen der zugesicherten Vertraulichkeit und der Freiwilligkeit sind alle Erklärungen unverbindlich und für die Partei ohne Risiko.

[454] In jedem Fall sollte der Mediator den teilnehmenden Rechtsanwalt in die Verschwiegenheit wie die Medianten einbeziehen [913]. Der Rechtsanwalt sollte sich im Klaren darüber sein, dass er in der Mediation Informationen erhalten kann, die in einem späteren Verfahren auch dann nicht zu verwerten sind, wenn sie für seinen Mandanten nützlich erscheinen.

✎ Berater nicht zur Verschwiegenheit verpflichtet

Beratende Rechtsanwälte sollten darauf gefasst sein, dass die in der Mediation erarbeiteten Lösungen oft überraschen und möglicherweise von den Forderungen abweichen, die sie zuvor mit den Mandanten besprochen hatten.

[455] **Parteivertreter sind in der Mediation nur dann erforderlich, wenn der Mediand nicht persönlich er-**

scheint, sondern sich vertreten lässt. Diese Situation kommt in Wirtschaftsmediationen vor. Entsendet der eigentlich berufene Mediator einen Vertreter, dann ist zu prüfen, ob und inwieweit er in der Lage ist, die Interessen und Bedürfnisse [35] anstelle des Mediators zu offenbaren [414].

✎ Interessenbekundungsfähigkeit nicht geprüft.

[456] Ansonsten bedarf es keiner Parteivertretung, insbesondere nicht, wenn die Partei persönlich anwesend ist. Ein Anwalt, der sich also als Parteivertreter in der Mediation vorstellt, ist darauf hinzuweisen, dass die Partei für sich selbst sprechen kann und soll. Die Vertraulichkeit erlaubt es ihr, „ins Unreine“ zu sprechen.

✎ Parteivertretung trotz Anwesenheit der Partei

Die Mediationsabschlussvereinbarung

[457] Die Mediation beginnt mit einer Mediationsvereinbarung. Sie endet, wenn sie nicht gekündigt wird, oder wenn sie nicht aus anderen Gründen abbricht, mit der Mediationsabschlussvereinbarung (MAV). Die MAV wird in der Literatur weniger spezifisch als Abschlussvereinbarung bezeichnet⁴⁴². Die MAV ist ein Bestandteil der Mediation und doch ist sie es nicht. Sie ist ein Vertrag im rechtlichen Verständnis, sobald eine Vereinbarung herauskommt an die man sich gebunden fühlt. Sowohl die gefundene Lösung wie der gegebenenfalls abzuschließende Vertrag müssen dem Recht entsprechen. Sie müssen wirksam und umsetzbar sein, was wiederum am

⁴⁴² Vgl. Greger/Unberath 1 Einl. 21, 43

Recht zu messen ist. Fragen betreffend die Wirksamkeit und die rechtliche Gestaltung der MAV unterliegen dem *Anwendungsrecht* [458]. Bei Fragen des Zustandekommens und der Haftung des Mediators gibt es Überschneidungen mit dem *Verfahrensrecht* [407]. **Grundsätzlich sind das Verfahrensrecht und das Anwendungsrecht völlig getrennt voneinander zu behandeln.** Deshalb wird das rechtliche Schicksal der MAV allein aus dem so begründeten Vertragsverhältnis bewertet.

[458] Die Abschlussvereinbarung hat zwei Funktionen. Einmal markiert sie die gefundene Lösung. Zum anderen soll sie diese dingfest machen [683]. Diese Unterscheidung wirkt sich auf das Bewusstsein über die Mediation und ihre Zielsetzung, auf die Bewertung des Erfolges [343] der Mediation und auf die Qualität und den Umfang der Abschlussvereinbarung aus.

[459] Wie der Name sagt, ist die MAV eine die Mediation abschließende Vereinbarung. Inhaltlich sollten die Tatsache und der Umfang in dem die Mediation abgeschlossen ist, hervorgehoben sein. Immerhin ist eine Abschlussvereinbarung auch mit dem Inhalt möglich, dass der Konflikt zwar beigelegt ist aber eine weitere Regelung für nicht erforderlich gehalten wird. Eine Abschlussvereinbarung kann auch eine Teilvereinbarung sein oder sich nur mit Teilen der Mediation befassen. Bei komplexen Mediationen ist es angebracht, einzelne Themen über Teilvereinbarungen zu erledigen. Der Mediator muss bedenken, dass diese Teilvereinbarungen mit der Schlussvereinbarung noch einer Anpassung bedürfen. Er sollte also derartige Teilvereinbarungen nicht als abschließend behan-

deln und keinesfalls ohne eine Abänderungsmöglichkeit zum Ende der Mediation zulassen. Wenn die finale Abschlussvereinbarung ebenfalls nur einige der in Phase zwei aufgearbeiteten Themen erfasst, dann sollte klargestellt werden, was mit den offenen Punkten ist und ob die getroffene Vereinbarung überhaupt ein Eigenleben haben kann.

✎ Teilvereinbarungen ohne Vorbehalt

Rechtsgestaltung

[460] Die Voraussetzungen für das Zustandekommen und die juristische Vertragsqualität hängen von dem Gegenstand der zu treffenden Vereinbarung ab. Manche haben einen rechtlichen Schwerpunkt (rechtliche Vereinbarung). Andere regeln Lebenssachverhalte und Beziehungen (soziale Vereinbarungen). Einen rechtlichen Gehalt haben *beide* Arten der Vereinbarung. Mithin müssen sie beide dem Recht entsprechen. Allerdings gibt es Unterschiede, die in der Mediation durchaus bedeutsam sein können. Die Mediation kann mit einer Vereinbarung enden, die lautet: „Wir werden uns nicht trennen. Zur Pflege der Beziehung nehmen wir jeden Sonntag ein englisches Frühstück im Bett ...“. Auch diese Vereinbarung hat einen rechtlichen Gehalt. Sie bestätigt indirekt den Ehevertrag und entscheidet über dessen Fortsetzung. Man wird allerdings darauf verzichten, die Vereinbarung zur Teilnahme am Frühstück vollstreckbar zu gestalten. In das Genre solcher „sozialen Vereinbarungen“ fallen alle Vereinbarungen, in denen die Gestaltung sozialer Beziehungen und des Miteinanders oder der Umgang mit Werten im Vordergrund stehen. Also z.B. auch Regelungen

von Kontakten oder des Umgangs etwa mit einem Kind. Dennoch sollte dem Mediator bewusst sein, dass auch eine solche Vereinbarung rechtliche Konsequenzen hat, etwa wenn sie einen bestehenden Gerichtsbeschluss abändert. Die hier vorgenommene Unterscheidung zwischen sozialen und rechtlichen Vereinbarungen definiert zwar den Verhandlungsschwerpunkt. Sie beantwortet indes nicht die Frage, wann eine juristische Beratung für die Medianten erforderlich wird. Nach § 2 Abs. 6 hat der Mediator die Medianten auf den Beratungsbedarf und die Möglichkeit der Beratung hinzuweisen. Werden in der Mediation, wie bei der *forensischen* Mediation [117]. Fragen einer *Rechtsstreitigkeit* gelöst, kann unterstellt werden, dass ihr Inhalt einen definitiv rechtlichen Bezug aufweist. Bei rechtlichen Vereinbarungen steht der juristische Inhalt der Vereinbarung im Vordergrund. Bei der Formulierung kann es auf einzelne Worte ankommen.

Recht als Maßstab

[461] Die Aussage, die Mediation sei unabhängig vom Recht oder sie setze sich gar über das Recht hinweg⁴⁴³, ist in *keiner* Weise zutreffend. Ebenso unzutreffend ist die Formel, dass die Mediation „gewissermaßen Privatrecht *schaffe*“⁴⁴⁴. Die Mediation bewegt sich *nicht* im rechtsfreien Raum. Sie *schafft* demzufolge kein Privatrecht, sie wendet es an. Sie ist Ausfluss des Art. 2 GG.

[462] Die Meinung vieler Anwälte, eine Partei verzichte auf eine Rechtsposition, wenn sie behauptete Ansprüche

⁴⁴³ Äußerung eines Mediators auf einem Kongress

⁴⁴⁴ <http://www.sascha-weigel.de/recht-muss-recht-bleiben-und-kann-nur-vom-gericht-festgestellt-werden-oder-nicht.html>

nicht geltend mache, bedarf ebenfalls der Reflexion. Denn tatsächlich nimmt die Partei ihr Recht, den behaupteten Anspruch *nicht* einzufordern, wahr. Sie wird ihre Gründe haben dies zu tun. In einer Mediation würden diese Gründe aufgedeckt und zum Gegenstand der Verhandlung gemacht werden.

✎ Verzichtsmotive werden nicht aufgedeckt

[463] Es ist als ein Mediationsfehler anzusehen, wenn der Mediator es unterlässt, die Motive für Vereinbarungsinhalte aufzudecken, nur um eine schnelle Vereinbarung herbeizuführen. Im Bewusstsein der Motivlage, warum mögliche Forderungen geltend gemacht werden oder nicht, ist es eine freie und private, jedem Einzelnen zu überlassene Entscheidung, wie er damit umgehen kann. Nach Offenlegung der Motive können emotionale Erwartungen ohne weiteres auch zum Leistungsaustausch herangezogen werden (z.B.: ich verzichte auf das Geld, dafür lässt Du mich in Ruhe). Die Behauptung, dass sich eine Partei „ohne anwaltliche Begleitung ... in die Gefahr begibt, ihre rechtlich geschützte Positionen in der Mediation zu *schnell* aufzugeben und sich im Ergebnis zu *billig* zu verkaufen“⁴⁴⁵ verkennt, dass es in der Mediation nicht um Positionen geht und dass die Mediation kein Nullsummenspiel ist. Sie gibt eine vorgreifliche Bewertung von außen vor, die der Mediator in dieser Form möglicherweise gar nicht teilen würde. In der Mediation kommt es gerade *nicht* darauf an, Positionen zu verteidigen, Lösungen vorzugeben oder gar „sich zu verkaufen“.

⁴⁴⁵ Zitat aus einer zufällig gewählten Anwaltswebpage.

[464] Die Mediation ist *kein* Nullsummenspiel. Sie ist generell ungeeignet, wenn es darum geht, Ansprüche durchzusetzen oder den Gegner zu übervorteilen. Dem letzteren Zweck dient übrigens auch nicht das Gerichtsverfahren, obwohl es in der Praxis oft so gesehen wird. Die Mediation ist die Suche nach einer allseits befriedigenden Lösung im kooperativen Wettbewerb (Positivsummenspiel). Als solche ist sie – wie jeder andere Vertragsabschluss auch - dem Recht unterworfen. Richtig ist deshalb: **Bei der Mediation stehen die Interessen im Vordergrund und die *Suche* nach einer Lösung, nicht deren *Durchsetzung*.** Damit dieser Auftrag den Parteien wirklich klar ist, sollte die Zielvorgabe im Vertrag festgeschrieben sein.

☐ Positivsummenspiel ausweisen

[465] Idealerweise erfolgt die Suche *zunächst* losgelöst von der gesetzlich vorgegebenen (besser: vorgeschlagenen) Rechtsfolge. Zwingendes Recht ist auch in der Mediation zu beachten. Allerdings gestaltet die Mediation das dispositive Recht, indem zu vereinbarende Regeln an die Interessen angepasst werden. Nicht etwa umgekehrt, indem sich die Interessen der gesetzlichen Rechtsfolgen anzupassen haben. Aus diesem Grund werden die rechtlichen Überprüfungen und der Vergleich des gefundenen Ergebnisses mit der gesetzlich vorgesehenen Rechtsfolge sinnvoller Weise erst in der WATNA/BATNA Phase mit hin in der 4. oder 5. Phase beachtet. Die Einbeziehung von rechtlichen Beratern wird spätestens dann relevant.

✎ WATNA/BATNA nicht durchgeführt

Einbeziehung Dritter

[466] Für die Erstreckung der Vereinbarung auf Dritte gelten die allgemeinen Vorschriften. Vertragliche Drittbelastungen ohne die Mitwirkung des Dritten sind nicht zulässig. Verträge zu Gunsten Dritter sind dagegen gem. § 328 BGB zulässig. Sollen in die Mediationsvereinbarung nicht anwesende Interessenbetroffene [419] verpflichtet werden, *müssen* sie in die Verhandlung einbezogen werden. Der Mediationsvertrag schließt es also nicht aus, weitere Personen in die Schlussvereinbarung mit einzubeziehen, auch wenn sie nicht als Medianden am Verfahren beteiligt waren. Wenn nicht als Mediand, sind sie als Dritte i.S.d. § 2 Abs. 4 mit Zustimmung aller Parteien in das Verfahren einzubeziehen.

Vollstreckbarkeit

[467] Entgegen der Absicht im Regierungsentwurf wurde die Vollstreckbarkeit der MAV im MediationsG nicht geregelt. Eine Vollstreckbarkeit kann also nur durch ein gerichtliches Protokoll, durch einen Anwaltsvergleich oder durch eine notarielle Beurkundung §§ 794 ff. ZPO hergestellt werden. **Vor einem Mediator kann eine vollstreckbare Vereinbarung somit nicht erzeugt werden.** Es zählt zu den Aufgaben des Mediators, die Medianden bei den Fragen zur Abwicklung der Abschlussvereinbarung in den kostengünstigsten und rechtlich zuverlässigsten Weg zu beraten. Er genügt dieser Pflicht, wenn er die Parteien auf die Unterschiede hinweist und auffordert, auch die dabei anfallenden Kosten zu hinterfragen.

✎ Fehlerhafte Beratung zur Vollstreckbarkeit

[468] Die Regelung in § 4 Ziff. 1, wonach die Verschwiegenheit [912] zum Zwecke der Vollstreckung aufgehoben sein soll, wurde aus Art. 7 der EU-Richtlinie übernommen⁴⁴⁶. Es geht nur um die Offenlegung des Inhalts *der Vereinbarung*, nicht also um die Offenlegung von Tatsachen, die innerhalb der Mediation erhoben wurden. Es ist kaum vorstellbar, in welchem Fall der Mediator hier als Zeuge wofür in Betracht kommen könnte. Allerdings kann diese Vorschrift als eine Empfehlung verstanden werden, die Abschlussvereinbarung zu dokumentieren und schriftlich festzuhalten.

□ Dokumentieren

[469] Bei einem Streit über den Inhalt der Vereinbarung – etwa bei Auslegungsfragen – unter den Parteien bedarf es keiner Aufhebung der Verschwiegenheit. Bei einem Streit um die Auslegung etwa vor Gericht, kann der Mediator nicht mehr als den Inhalt der Vereinbarung wiedergeben. Wenn Auslegungsfragen bestehen, deutet dies auf eine mangelnde Unterstützung bei der Formulierung der Abschlussvereinbarung hin.

✎ Auslegungsfragen wurden offen gelassen

[470] Hier zeigt es sich z.B. wie und warum der Mediator für die Abfassung der Abschlussvereinbarung eine Mitverantwortung trägt. Sie erfordert kein juristisches Fachwissen oder eine Subsummierung. Lediglich die Frage nach der Bedeutung und dem Verständnis sollte gestellt sein. Der Grundsatz des Vollstreckungsrechtes, wonach die vollstreckbare Vereinbarung so formuliert und

⁴⁴⁶ EU-RL

bestimmt genug sein muss, dass ein Gerichtsvollzieher ohne nachzufragen in der Lage ist, die Vollstreckung durchzuführen, gibt einen Maßstab⁴⁴⁷. Nachdem die Vollstreckbarkeit der Vereinbarung in Deutschland jedoch nicht vorgesehen wurde, kann die Vollstreckung, anders als im Regierungsentwurf, nicht unmittelbar aus der Mediationsvereinbarung erfolgen. Hier sind also andere Instanzen als der Mediator mit der Frage nach dem Inhalt der vollstreckbaren Vereinbarung zu behelligen. Eine Durchbrechung der Verschwiegenheit wäre hier nur sinnvoll, wenn es beispielsweise darum geht, mit dem beurkundenden Notar den Wesensgehalt der Mediationsvereinbarung abzustimmen. Obwohl der Mediator nach § 4 Ziff. 1 nicht dazu verpflichtet wäre, wird ein sorgfältig arbeitender Mediator die Weitergabe von Informationen zur Abfassung der vollstreckbaren Vereinbarung und seine Mitwirkung mit den Medianden besprechen und sich ein Einverständnis einholen, um die dazu erforderlichen Informationen mit dem Notar auszutauschen.

[471] Ein Anwendungsfall könnte somit noch in Betracht kommen, wenn es um Fragen zur Umsetzung einer Vereinbarung geht, die nicht für vollstreckbar erklärt wurde. Hier wäre der Fall denkbar, dass Parteien eine Vereinbarung getroffen haben, für die erst nachträglich ein Vollstreckungsbedarf entsteht, etwa weil sich eine Partei nicht an die Vereinbarungen hält. In diesem Fall könnte die anspruchstellende Partei die Gegenseite auf Erfüllung der Vereinbarung verklagen. Es wäre denkbar, dass

⁴⁴⁷ z.B.: OLG Hamm NJW 1985, 274

der Mediator als Zeuge über den Inhalt und Auslegungsfragen vor Gericht zitiert wird.

✍ Vollstreckbarkeit nicht thematisiert

[472] Es zeigen sich Konsequenzen, wenn der Mediator die Frage des Vollstreckungsbedarfs und der Vollstreckbarkeit mit den Medianden nicht thematisiert hat. Mehr noch sollte sich der Mediator fragen, was an der Mediation schief gelaufen ist, wenn Streit über die Vereinbarung entsteht.

[473] Die Juristen kennen das Phänomen der Vertragsreue. Gemeint sind die Fälle, in denen ein wirksamer Vertrag geschlossen wurde, der von einer der Parteien im Nachhinein nicht mehr gewollt ist. Weil das Recht den Grundsatz *pacta sunt servanda* (Verträge sind einzuhalten)⁴⁴⁸ anwendet, suchen Streitparteien oft nach juristischen Hintertüren, um die Wirksamkeit des Vertrages auszuhebeln. Hier lohnt sich die Suche nach Fehlern bei dessen Zustandekommen. Ein Rechtsberater wird auch prüfen, ob die Partei den Mediator in die Pflicht nehmen kann. Eine wirksame Vereinbarung kann gem. § 119 ff. BGB nur wegen Täuschung oder Erklärungsirrtums angefochten werden. Also wird man in einem streitigen Verfahren auch prüfen, ob Verfahrensfehler dazu beigetragen haben, dass die Medianden Erklärungen abgegeben haben, die sie so nicht meinten. Eine Möglichkeit des Mediators, sich und die Parteien vor Vermögensschäden zu sichern ist eine Versicherung. Eine bessere ist es, sorgfältig zu arbeiten. Hierzu zählt es, die Parteien etwa bei ei-

⁴⁴⁸ Wikipedia (*Pacta_sunt_servanda*), dl 25.9.2012

ner Kurzmediation oder bei einer evaluativen oder facilitativen Mediation auf die möglicherweise nur beschränkte Nachhaltigkeit hinzuweisen und den Parteien die Verantwortung für die Wahl des Prozesses zu überlassen.

✎ Fehlender Hinweis auf mangelnde Nachhaltigkeit

Das gleiche gilt bei jeder Form von Zeitdruck. Mediation braucht ihre Zeit, und das sollte den Parteien bewusst sein. Schließlich empfiehlt es sich, falls Fragen über die Vereinbarung oder deren Vollstreckung, mithin der Vollziehung auftreten, eine Fortsetzungs- bzw. Mediationsklausel zu vereinbaren.

□ Mediationsklausel für Vollziehungsfragen

Unzulänglichkeiten

[474] Die Vorstellung, mit der Mediation eine schnelle, billige Vereinbarung herbeizuführen, wird der Mediation ganz und gar nicht gerecht. Eine differenzierte Sicht ist schon deshalb geboten, weil die Qualität der Einigung auch vom gewählten Mediationsmodell [77] abhängig ist. Die Anforderungen an die MAV sind dementsprechend hoch. **Erwartet wird sowohl eine rechtsfehlerfreie als auch eine willensmangelfreie Vereinbarung, die auf einem Konsens beruht und auch noch nachhaltig sein soll.** Es kommt also nicht darauf an, irgendeine Vereinbarung zu treffen.

✎ Kein QM bei MAV

[475] Zwar sollen die Parteien die Vereinbarung selbst und eigenverantwortlich treffen. Die Schlussfolgerung, dass der Mediator deshalb keine Verantwortung auf die

Gestaltung der Abschlussvereinbarung hat, ist aber unzutreffend. Seine Aufgabe ist es jetzt, in Phase fünf dafür zu sorgen, dass die Vereinbarung wirklich die gewollte ist, dass sie stimmig und schlüssig ist und dass sie rechtsgültig ist.

[476] Auch die Mediationsabschlussvereinbarung kann fehlerhaft sein. Etwa wenn sie nicht freiwillig zustande gekommen war oder unter Willensmängeln leidet. Dann ist sie anfechtbar, mithin nicht nachhaltig. Auch das Phänomen der Vertragsreue sollte nicht auftreten. Schließlich kann die MAV unwirksam sein, wenn sie gegen ein gesetzliches Verbot verstößt (Beispiel: Kindesunterhaltsverzicht). Rechtlich betrachtet ist die Abschlussvereinbarung ein Vertrag, den die Medianten miteinander schließen. Die Unwirksamkeit dieser Vereinbarung erstreckt sich also nicht auf den Mediationsvertrag. **Der Mediationsvertrag und die Mediationsabschlussvereinbarung haben ein eigenes rechtliches Schicksal, das unabhängig voneinander zu bewerten ist.** Nichtsdestotrotz können sich Fehler im Einen auf das Andere auswirken. Damit ist eine rechtliche Verbindung hergestellt. Wenn Fehler in der MAV auftreten, ergibt sich für den Mediator die Frage nach seinen Honoraransprüchen oder nach seiner Haftung. Beide Fragen lassen sich mit den Rechtsfolgen der Mediation beantworten.

Die Rechtsfolgen der Mediation

[477] Spätestens mit der Einführung des MediationsG ergeben sich rechtlich verbindliche Manifestationen der Mediation, die sich als Ge- und Verbote niederschlagen.

Einerseits sollen sie genauer definieren, wie die Hilfe⁴⁴⁹ des Mediators auszugestalten ist. Andererseits legen Sie dem Mediator Pflichten auf, bei deren Verstoß Rechtsfolgen ausgelöst werden. Sie können zum Honorarverlust oder zu einer weitergehenden Haftung führen⁴⁵⁰. Bei der Untersuchung der möglichen Rechtsfolgen ist zwischen der Rechtmäßigkeit von Vereinbarungen [478]ff. und der Haftung bei fehlerhaftem Verhalten [484]ff. zu differenzieren.

Rechtswidrige Vereinbarungen

[478] Die Rechtmäßigkeit des MV, der MDV oder der MA bemisst sich am höherrangigen Recht. Verstößt eine Vereinbarung oder eine Vertragsklausel gegen das Recht, kann dies zur Unwirksamkeit führen. Vereinbarungen müssen wirksam sein, damit sie rechtsverbindlich werden können. Nach § 134 BGB ist ein Vertrag nichtig, wenn er gegen ein gesetzliches Verbot verstößt. Die Nichtigkeit hat zur Folge, dass die Vereinbarung keine rechtliche Wirkung entfaltet. Das MediationsG enthält nur *ein* explizites gesetzliches Verbot, das weder mit dem MV noch mit der MDV abgeändert werden kann. Die *nicht* zur Disposition stehende Vorschrift beschreibt in § 3 Abs. 2 ein Tätigkeitsverbot des Mediators [873]ff.

[479] Unwirksam sind schließlich Vereinbarungen und Maßnahmen, die dem Wesen der Mediation [39] wider-

⁴⁴⁹ Als die Mediation in Deutschland aufkam gab es große Diskussionen ob der Mediator hilft oder unterstützt. Besser ist es von Hilfe zur Selbsthilfe zu sprechen. Diesem Prinzip kommt das Wort „unterstützen“ näher als das Wort „Hilfe“.

⁴⁵⁰ Begründung S. 24

sprechen oder selbst einen sittenwidrigen Zweck verfolgen. Beispiele hierfür sind der Zwang zur Teilnahme, der Ausschluss des Kündigungsrechtes oder die Durchführung einer Mediation, wenn sie zur Sicherung einer Straftat beiträgt. Abgesehen vom Tätigkeitsverbot haben einzelne unwirksame Vereinbarungen nicht zwingend die Unwirksamkeit des gesamten Vertrages zur Folge⁴⁵¹. Allerdings besagt § 139 BGB, dass die Teilnichtigkeit eines Rechtsgeschäfts die Nichtigkeit des ganzen Rechtsgeschäfts nach sich zieht, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde. Weil ein nichtiger Vertrag keine Anspruchsgrundlage darstellen kann, hat der Mediator in diesem Fall auch keinen Vergütungsanspruch. Fehlt das Bewusstsein eines Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot, kann gegebenenfalls aus § 812 BGB ein Vergütungsanspruch hergeleitet werden⁴⁵².

▢ Klausel zur Wirksamkeit bei Teilnichtigkeit

[480] Im Verhältnis der Medianden untereinander ergeben sich keine weiteren rechtlichen Konsequenzen aus der Unwirksamkeit des Mediationsvertrages. Insbesondere bleibt die Hemmungswirkung der Verjährung aufrecht erhalten. § 203 BGB bestimmt: „Schweben zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger Verhandlungen über den Anspruch oder die den Anspruch begründenden Umstände, so ist die Verjährung gehemmt, bis der eine oder der andere Teil die Fortsetzung der Verhand-

⁴⁵¹ Eine Mediation wird zwischen Ganoven zur Teilung der Beute durchgeführt

⁴⁵² BGH, NJW 2000, 1560

lungen verweigert“. Es kommt also nicht darauf an, dass die zur Hemmung der Verjährung führenden Verhandlungen auf ein wirksames Rechtsgeschäft zurückzuführen sind.

[481] Als Folge der Unwirksamkeit können die Parteien gegebenenfalls Schadensersatz wegen derjenigen Aufwendungen verlangen, die sie im Vertrauen auf die Wirksamkeit der Vereinbarung aufgewendet haben. Bitte beachten Sie, dass der Mediationsvertrag und die Abschlussvereinbarung einem jeweils eigenen Schicksal folgen, so dass Rechtswirkungen unabhängig voneinander entfaltet werden. **Die Mediationsabschlussvereinbarung bleibt auch dann wirksam, wenn die Mediation unwirksam war oder fehlerhaft verlaufen ist.** Umgekehrt ändert das Zustandekommen einer Abschlussvereinbarung nichts an der Nichtigkeit des Mediationsvertrages oder am fehlerhaften Verhalten des Mediators.

[482] Ein weiteres Verbot zur Durchführung der Mediation ergibt sich aus § 3 Abs. 3, wenn ein mit dem Mediator in derselben Berufsausübungs- oder Bürogemeinschaft verbundene andere Person in derselben Sache [880] für einen der Medianden tätig geworden ist. Im Gegensatz zu § 3 Abs. 2 steht dieses Verbot jedoch unter dem Erlaubnisvorbehalt der Medianden. Die Medianden können das Verbot im Einzelfall durch Einwilligung nach §§ 182 ff BGB aufheben. Ein Vertrag, der eine solche Tätigkeit vorsieht, ist vorbehaltlich der Genehmigung schwebend unwirksam. Wenn weder eine Einwilligung noch eine Genehmigung vorliegen, löst der Verstoß die zuvor bei der Unwirksamkeit beschriebenen Rechtsfolgen aus [479].

Im anderen Fall wird die Unwirksamkeit geheilt und gegebenenfalls auch nachträglich ex tunc wiederhergestellt, wenn nichts anderes (etwa Genehmigung ab einem bestimmten Zeitpunkt) vereinbart wurde. Zur Absicherung empfiehlt es sich, die ex tunc Wirkung von vorne herein zu vereinbaren.

▮ Ex tunc Wirkung für Zustimmungen vereinbaren

[483] In der Praxis unbedeutend, aber zur rechtlichen Vollständigkeit dennoch zu erwähnen, sind prozessleitende Verfügungen und Entscheidungen des Mediators, die von den Medianden nicht genehmigt oder akzeptiert wurden. Ein häufig vorkommender Fall sind einseitig vom Mediator eingeführte Verhaltensregeln. **Der Mediator sollte sich im Klaren sein, dass er keine juristische Macht besitzt, derartige Regeln durchzusetzen.** Juristisch betrachtet sind die einseitigen Entscheidungen deshalb bis zur Genehmigung schwebend unwirksam. Im Zweifel mag davon ausgegangen werden, dass die Maßnahme geheilt wird, wenn der Mediand sie nicht verweigert oder wenn er von seiner Kündigungsmöglichkeit keinen Gebrauch macht. Solange die Prozessleitung auch keinen Behandlungsfehler darstellt, ergeben sich keine weiteren Rechtsfolgen.

Rechtswidriges Handeln

[484] Von der rechtswidrigen Vereinbarung zu unterscheiden ist die fehlerhafte Leistungserbringung. Im einen Fall ist die rechtliche Grundlage fehlerhaft, im anderen Fall ist es die Ausführung. Die fehlerhafte Ausführung wird als Schlechtleistung bezeichnet. Unter Schlechtleis-

tung wird das qualifizierte Abweichen der erbrachten von der geschuldeten Leistung verstanden⁴⁵³, wenn also die Leistung nicht in der geschuldeten Art und Weise⁴⁵⁴ erbracht wird.

[485] Den Ausgangspunkt für die Frage, *wie* die geschuldete Leistung zu erbringen ist, liefert die Erkenntnis, dass der Mediator ein *Verfahren*, nicht ein Ergebnis schuldet. Das Verhalten des Mediators wird deshalb unabhängig vom Ergebnis aber von den Möglichkeiten bewertet, das angestrebte Ergebnis zu erzielen. Es kann deshalb durchaus ein zur Mediation passendes Verhalten darstellen, wenn der Mediator das Scheitern einer Mediation herbeiführt, die anderenfalls ein ungewolltes Ergebnis produziert hätte.

[486] Geschuldet wird eine Verstehensvermittlung. **Verstehen lässt sich weder erzwingen noch lässt es sich Regeln unterwerfen.** Was zu regeln ist, sind lediglich die Voraussetzungen, die ein gegenseitiges Verstehen ermöglichen. Es bedarf der Einzelfallentscheidung, ob und inwieweit ein Verhalten oder Unterlassen des Mediators dieser Zielsetzung widerspricht. Wie wäre es einzuschätzen, wenn der Mediator eine streitfördernde Sitzordnung arrangiert hat? Lässt sich ein adäquater Kausalzusammenhang mit dem Scheitern der Mediation herstellen? Auch die unreflektierte Verwendung der Mediationsordnung [201] stellt einen Fehler dar, indem sie den Eindruck eines hoheitlichen Verfahrens hinterlässt. Bewirkt sie deshalb eine Schlechtleistung? Das Gleiche

⁴⁵³ *Tillmanns* (Dienstvertrag), S. 215

⁴⁵⁴ *Tillmanns* (Dienstvertrag), S. 217

gilt für das ungenehmigte Einzelgespräch. Es wäre rechtswidrig. Stellt es deshalb aber auch einen Mediationsfehler dar?

[487] Leider gibt es viele Mediationsausbilder, die den zukünftigen Mediatoren mit Ge- und Verboten das Vorgehen erleichtern möchten. Es ist aber nicht die Handlung an und für sich, sondern deren Widmung, die ihre Bedeutung erschließen lässt. Die Meinung der Literatur, dass Einzelgespräche ohne vorherige Zustimmung aller Parteien eine erhebliche Pflichtverletzung darstellten, indem sie das Vertrauen der anderen Partei in die Neutralität des Mediators erschüttern⁴⁵⁵, legt die Schlussfolgerung nahe, dass eine Pflichtverletzung nicht vorliegt, wenn die Vorgehensweise nicht zu einer Erschütterung des Vertrauens geführt hat. Auch die falsche Sitzordnung mag sich in eine paradoxe Intervention verkehren und durchaus zielfördernd sein, was sie zur Mediation passend machen kann. Was also ist jetzt richtig und was ist falsch?

Die Regeln der Kunst

[488] Auf der Suche nach Anhaltspunkten für ein pflichtwidriges Verhalten spielen Regeln eine wichtige Rolle, zumindest dort, wo sie Orientierung geben. Schädlich sind sie, wo sie zum Selbstzweck werden und unreflektiert zur Anwendung kommen⁴⁵⁶. Dann führen sie nicht nur am Ziel vorbei, sie entbehren auch jeglicher Legitimation. Wir dürfen nicht aus den Augen verlieren, dass es die Parteien sind, welche die Mediation durch den MV

⁴⁵⁵ *Unberath* in Greger/Unberath § 2 Rdnr. 147

⁴⁵⁶ *Trossen* (Mythen)

bzw. die MDV erlauben. Das „Prozessrecht“ ergibt sich aus den Vereinbarungen. Es ist kaum zu unterstellen, dass es der Wunsch der Vertragsparteien sein kann, Regeln um ihrer selbst willen und nur aus prinzipiellen Erwägungen heraus selbst dann einzufordern, wenn sie nicht zielführend sind und das Ergebnis nicht unterstützen. Die Prinzipien der Mediation verfolgen keinen Selbstzweck, zumindest sollten sie es nicht. Sie geben eine wichtige Orientierung und sind so etwas wie **die 10 Gebote der Mediation** [38]. Als Mediationsgrundsätze legen sie die Rahmenbedingungen fest, unter denen die Mediation erfolgreich durchzuführen ist. Prinzipien ergeben Handlungsspielräume. Sie sind mitunter dispositiv [747] und der Interpretation zugänglich. Für sich gesehen ist deren Verletzung noch kein ausreichendes Kriterium für die Annahme eines Fehlverhaltens, denn sie begründen nicht zwingend einen Verstoß gegen die geschuldete Leistung. **Trotzdem ist die Verletzung eines Prinzips stets wie ein Gefahrenhinweis anzusehen.** Das Beispiel für eine nicht erkannte, grenzüberschreitende Pflichtverletzung liefert die Entscheidung des AG Lübeck⁴⁵⁷ [68]. Indem der Anwaltsmediator Meinungen vorgegeben und bei einer Partei sogar den Eindruck erweckt hat, sich dagegen verwahren zu müssen, hat er das Prinzip der fehlenden Beeinflussung [706] verletzt. Er hat seine Rolle als Mediator überladen, wodurch sich das Kommunikationsmodell in einer Weise verändert [76] hat, dass die Grenzen der Mediation eindeutig in Richtung einer Schlichtung oder gar einer Streitentscheidung überschritten wurden.

⁴⁵⁷ AG Lübeck 29.9.2006, 24 C 1853/06

[489] Es würde weder der Mediation noch dem Verhalten des Mediators gerecht, wenn das Überschreiten von Regeln als monokausale Ursache für eine solche Grenzverletzung eingeschätzt wird. Das Beispiel belegt deshalb weiterhin, dass erst die Summe an Interaktionen zu einer Grenzüberschreitung führen. Sie lassen sich auf die Haltung des Mediators und sein mangelndes Verständnis von der Mediation zurückführen. Der Anwaltsmediator hätte anderenfalls Gelegenheiten wahrnehmen können, das Verhalten zu korrigieren. Ausschlaggebend für eine Fehlerbeurteilung ist stets das am Verfahrensverständnis und an der Wesenstreue zur Mediation zu messende Verhalten. Dabei kommt es auf das Zusammenspiel der im Werkzeugkoffer [52] vorgesehenen Elemente, also auf Wesen, Haltung, Prinzipien, Struktur, Methodik, Technik und nicht zuletzt auf das Setting an.

[490] Welche Regeln und Prinzipien im Einzelfall maßgeblich sind, ergibt sich aus den jeweiligen Rechtsquellen. Die geschuldete Leistung leitet sich aus der MDV bzw. dem MV her. Beide Verträge werden am MediationsG gemessen. Das Gesetz nennt einige aber nicht alle Prinzipien der Mediation. Deshalb sind daneben auch die Standards [195] oder die Mediationsordnungen [201] daraufhin zu untersuchen, ob sie weitere Prinzipien in das Verfahren einbringen.

[491] Die Tatsache, dass die Prinzipien nicht nur im Gesetz, sondern fast gleichförmig auch in allen Standards übernommen wurden, gibt ihnen einen *Leitliniencharakter*, der sie als die maßgeblichen Regeln der Kunst festschreiben lässt. Auch wenn der Mediationsvertrag, also

die Causa und die MDV keine Regeln enthalten, wird der Jurist die Vereinbarungen gegebenenfalls ergänzend unter Bezugnahme auf die Standards auslegen⁴⁵⁸. Dabei wird er die Prinzipien und Wesensbeschreibungen zugrunde legen, wie sie sich aus dem Gesetz ergeben. Er wird die allgemein anerkannten Grundsätze der Standards ergänzend heranziehen und wieder das Wesen der Mediation [39] fokussieren. Wenn der zugrunde liegende Vertrag nichtig ist, die Mediation aber dennoch durchgeführt wurde und ein Verstoß gegen die Regeln der Kunst stattgefunden hat, der womöglich auch schadensverursachend ist. Das könnte der Fall sein, wenn der Mediator in einem nichtigen Mediationsvertrag etwa eine Beratung durchgeführt hat. Der Mediationsvertrag ist unwirksam. Er kann also keine Rechtsfolgen auslösen. Das Mediationsgesetz bleibt indes einschlägig. Ein Anbieter, der eine Mediation verspricht, muss sich daran messen lassen.

[492] Bevor rechtliche Schlussfolgerungen gezogen werden mag beachtet sein, fernerhin, dass Mediationsfehler während der Mediation geheilt werden können. Dazu ein Beispiel: Der Mediator verhält sich parteilich. Er verletzt das Prinzip der Neutralität. Die Medianden sprechen ihn darauf an. Der Mediator entschuldigt sich. Die Parteien nehmen die Entschuldigung an und vertrauen darauf, dass sich der Mediator im weiteren Verlauf der Mediation pflichtgemäß verhält. Der Mediator hat zwar gegen ein Prinzip verstoßen. Es war ihm aber gelungen, den

⁴⁵⁸ *Eidenmüller* (Vertrags- und Verfahrensrecht), S. 35, 42. Zweck und Stil (gemeint ist die Form) sowie die Rollenerwartung mit den im Mediationsgesetz genannten Prinzipien und Pflichten sind die ausschlaggebenden Elemente.

Verstoß zu heilen. Daraus folgt der Grundsatz: **Eine pflichtwidrige (Rechtsfolgen auslösende) Handlung ist nur dann anzunehmen, wenn sich der Verstoß als rechtswidrig erweist, nicht geheilt werden kann und sich in einer Art und Weise auf das (weitere) Verfahren auswirkt, die dem Wesen der Mediation widerspricht.**

[493] Um das Verhalten des Mediators zutreffend zu bewerten und um ihm auch eine Orientierung für das gebotene Verhalten zu geben, erscheint es sinnvoll, zwischen Fehlern und Pflichtverletzungen zu unterscheiden. Ein Fehler stellt einen Verstoß gegen irgendwelche Regeln fest. Mithin markiert der Mediationsfehler eine Verletzung der Regeln der Mediationskunst. Er stellt noch keine Pflichtverletzung dar, erfüllt aber bereits eine ihrer Bedingungen. Er beschreibt ein (rechts-) regelwidriges Verhalten

✎ Prozess-de-orientierte Anwendung der Prinzipien

Beispiele für mögliche Mediationsfehler

[494] Die nachfolgenden Fallbeispiele sollen die Rechtsfolgen verdeutlichen, die durch ein fehlerhaftes Verhalten ausgelöst werden. Sie sollen auch dazu beitragen, ein fehlerhaftes Verhalten des Mediators besser identifizieren zu können. Die Beispiele gehen davon aus, dass eine Mediation i.S.d. § 1 vorliegt.

Der Mediator lässt sich auf Strategieplanung ein

✎ Einseitige Beratung / Interessenvertretung

[495] Nicht selten geschieht es, dass *eine* Partei die Mediation in Auftrag geben will, die andere aber nicht. Der Mediator lässt sich intensiv auf Fragen ein, wie die Gegenpartei an den Tisch gebracht wird. Er lädt die bereite Partei vor und bespricht mit ihr Pläne, wie es gelingen mag, die andere Partei ins Gespräch zu bringen. Dabei berät er sie über Konfliktverhalten und entsprechende Strategien. Die Planung und Verabredung, wie die andere Partei an den Tisch zu bringen ist, stellt einen Teil der Vorphase dar. Sie ist ein zulässiges Einzelgespräch. Der Mediator darf auch hier seine neutrale Rolle nicht verlassen. Er muss die andere Partei wegen § 3 Abs. 1 informieren, wenn es gelungen ist sie an den Tisch zu bringen und fragen, ob sie seine Neutralität als gefährdet ansieht. Weiterhin muss er für die vorangegangenen Einzelgespräche nach § 2 Abs. 3 ein Einverständnis herstellen.

Der Mediator übt Druck auf die Gegenseite aus

✎ **Haltungsfehler**

[496] Mit dem Ziel, die Gegenseite von der Mediation zu überzeugen und sie überhaupt in die Mediation zu bringen, wird der Mediator selbst aktiv. Er sieht dies als erforderlich an, um die bereite Partei zu entlasten. Er will vorbeugen, dass die Gegenseite nur deshalb eine Mediation ablehnt, weil der Vorschlag von der Streitpartei ausgegangen war. Die Anwendung von Druck setzt stets eine eigene Positionierung und Meinung voraus. Selbst wenn es sich nur um einen Überzeugungsdruck handelt und wenn sich die Überzeugung auch nur auf das Verfahren bezieht, hat der Mediator eine Haltung eingenommen, die mit der Mediation nicht vereinbar ist.

Mediator lässt sich von der Presse interviewen

✎ Pressearbeit

[497] Mitunter liest man in der Presse, wie der Mediator einen in der Öffentlichkeit diskutierten (Mediations-) Fall einschätzt⁴⁵⁹. In dem Fall verstößt er nicht nur gegen den Grundsatz der Vertraulichkeit, sondern auch gegen den der Neutralität. Bewertungen des Verhaltens der Medianten oder Einschätzungen des Verfahrensstandes sind ihm versagt. Anders ist der Sachverhalt, wenn die Pressearbeit zum konstruktiven Teil des Verfahrens wird und die Parteien zustimmen.

Der Mediator beginnt mit Einzelgesprächen

✎ Ungenehmigte Einzelgespräche

[498] In angelsächsischen Ländern sind Einzelgespräche nicht unüblich. Der Mediator muss nach § 2 Abs. 3 eine Erlaubnis einholen und die andere Partei gegebenenfalls nach § 3 Abs. 1 informieren.

Der Mediation geht ein Coaching voraus

✎ Unterlassene Information über Vorberatung

[499] Wenn der Mediator eine Partei im Konflikt berät, wie sie ihr Leid mildern kann und in der Beratung eine Mediation vorschlägt, kann er die Mediation trotz § 3 Abs. 2 durchführen. Die Begründung des Gesetzesentwurfs führt insoweit aus. „Die in psychologischen Beratungsstellen häufig anzutreffende Praxis, zunächst eine

⁴⁵⁹ <http://www.fuldaerzeitung.de/nachrichten/kinzigtal/Kinzigtal-Carsten-Ullrich-stellt-Strategie-der-Gemeinde-Sinntal-fuer-die-Mediation-vor;art40,605997> abgelesen am 1.8.2012

Kontakt suchende Partei zu beraten und anschließend eine Mediation anzubieten, begegnet keinen Bedenken. In diesem Fall hat die nach § 3 Absatz 4 MediationsG vorgesehene Information zu erfolgen⁴⁶⁰.

Der Mediation geht eine anwaltliche Beratung voraus

✎ Anwaltliche Beratung

[500] Die Mediation ist unzulässig gem. § 3 Abs. 2.

Der Mediation geht eine Prozessberatung voraus

✎ Prozessberatung

[501] Die potentielle Mediandin hat den Anwalt telefonisch kontaktiert und mitgeteilt, dass eine Unterlassungsklage vor dem Zivilgericht gegen sie von einem Verwandten angestrengt wurde. Ein Schlichtungstermin wurde bereits anberaumt. Einzelheiten wurden nicht besprochen. Der Anwalt schlägt daraufhin dem Anwalt der Gegenseite eine Mediation statt einer Schlichtung vor. Er bietet sich als Mediator an. Daraufhin wurde der Anwalt von der potentiellen Mandantin / Mediandin gebeten, im Falle des Scheiterns des Mediationsangebotes als Vertreter (beratender Anwalt) im Schlichtungsverfahren aufzutreten. Solange die Parteien sich nicht für die Mediation entschieden haben (der Mediationsvertrag also noch nicht zustande gekommen ist), liegt keine Mediation im Rechtssinne vor. Mit einer rein verfahrensbezogenen Beratung hat sich der Anwaltsmediator auch noch nicht für eine Rolle festgelegt.

⁴⁶⁰ Begründung S. 25

Der Rechtsanwalt mediiert in der Beratung

✎ Unzulässige Verfahrensbezeichnung

[502] Solange er seine Tätigkeit nicht als Mediation bezeichnet, sondern nur die Methode der Mediation anwendet, ist dies zulässig.

Der Richter mediiert in der Gerichtsverhandlung

[503] Das Mediationsgesetz ist nicht anwendbar.

Der Mediator ignoriert die Freiwilligkeit

✎ Unterlassene Verbalisierung.

[504] Das Motiv, warum ein Mediand eine Mediation nachfragt, ist insoweit von Interesse, als sich daraus die Frage der Geeignetheit beantworten lässt. Auch ergeben sich Hinweise auf die zu erhellenden Interessen. Für den Abschluss des Mediationsvertrages selbst ist die Frage der Freiwilligkeit nur von mittelbarer Bedeutung. Ein Vertrag, mithin auch der Mediationsvertrag, setzt stets eine freie Entscheidung voraus. Das bedeutet: Bei mangelnder Freiwilligkeit kommt es schon gar nicht zum Abschluss eines Mediationsvertrages oder einer MDV. Wenn einer der Medianden dennoch einem inneren Widerstand erlegen ist, wird der Mediator es an der Art und Weise der Mitwirkung bemerken. Diese Wahrnehmung sollte er verbalisieren. Unterlässt er es, den Medianden darauf anzusprechen, ist ein Mediationsfehler zu prüfen.

Der Mediator liest die Gerichtsakte

✎ Nicht offen gelegte Vorinformation

[505] Mitunter geschieht es bei Anwaltsmediatoren, dass der Richter dem Anwaltsmediator die Akte zuschreibt, wenn er den Fall in eine Mediation verweist. Der Mediator muss sich nun überlegen, ob der die Akte liest oder nicht. Es ist kein Mediationsfehler, wenn er es tut. Er muss sich jedoch im Klaren sein, ob und inwieweit die Kenntnis des Sachverhaltes Einfluss auf seine Meinung nehmen kann. Medianden sind gem. § 3 Abs. 1 zu informieren (Neutralität).

Der Mediator informiert sich über den Sachverhalt

⚡ Meinungsbildung

[506] Der Mediator sollte die Mediation mit einer Konfliktanalyse [767] beginnen. Dazu kann es erforderlich sein, dass er das kulturelle oder konflikttypische Umfeld der Medianden erkennt. Vorinformationen und Ermittlungen sind deshalb kein Mediationsfehler. Ein Mediationsfehler ist es allerdings, wenn die Vorinformation zu einer Meinungsbildung führt und der Mediator die Mediation dennoch durchführt. Hier gilt das zu dem Aktenstudium gesagte.

Der Mediator verordnet die Mediation

⚡ Unterlassene Abstimmung

[507] Der legitimierende Akt erschöpft sich nicht darin, dass die Medianden zur Mediation gekommen sind. Die Mediation muss mit ihnen verhandelt und vereinbart werden. Wenn kein expliziter Mediationsvertrag zustande kommt, entbehren alle folgenden Handlungen des Mediators der Legitimation. Man mag die konkludente

Zustimmung der Parteien unterstellen, wenn sie sich der jederzeitigen Kündigungsmöglichkeit bewusst sind. Falls dem nicht so ist, trägt der Mediator eine Mitverantwortung für unerwünschte Folgen und Vereinbarungen der Medianden.

Der Mediator vereinbart keine MDV

✎ Verfahrensregeln werden nicht abgestimmt

[508] Hier gilt das zuvor Gesagte. Die MDV ist mit jedem Medianden zu *vereinbaren*. Es bedarf ihrer expliziten Zustimmung nicht nur aus Rechtsgründen, sondern auch zur Wahrung des Verfahrensrituals [21].

Der Mediator legt den Entscheidungsrahmen fest

✎ Ideologische Eingrenzung

[509] Wenn der Mediationsvertrag vorgibt, dass die Regelung beispielsweise über die elterliche Sorge davon auszugehen *hat*, dass *beide* Eltern dem Kind zur Verfügung stehen *müssen*, dann werden die Bedürfnisse und der Entscheidungsrahmen bereits vorgegeben. Richtig wäre es zu vereinbaren, dass die Mediation eine Einigung betreffen soll, die den Interessen aller Beteiligten (einschließlich der Kinder) gerecht wird. Kulturelle, ideologische oder soziale Vorgaben sollten erarbeitet, nicht vorgegeben werden. Die thematische Eingrenzung würde es dem Mediator nicht erlauben, sich auf die wahren Interessen und Bedürfnisse [35] einzulassen. Sie stellt seine Neutralität und Unabhängigkeit in Frage und ist deshalb abzulehnen. Nur wenn die Vorgabe den Bedürfnissen al-

ler Medianden entspricht, kann sich der Mediator darauf einlassen.

Der Mediator verschweigt seinen Arbeitsvertrag

✎ Mediator legt Abhängigkeit(en) nicht offen

[510] Das Gesetz verlangt in § 3 Abs. 1 vom Mediator, dass er alle Umstände offen legt, die seine Unabhängigkeit in Frage stellen können. Wenn er verschweigt, dass er in einem abhängigen Arbeitsverhältnis steht, verstößt er gegen die Anordnung.

Der Mediator verleugnet die Freundschaft

✎ Beziehung zum Medianden verschwiegen

[511] Das Gesetz verlangt in § 3 Abs. 1 vom Mediator, dass er alle Umstände offen legt, die seine Neutralität in Frage stellen können. Damit ist jede Art von Kontakt und Beziehung zu einem der Medianden angesprochen.

Der Mediator vergisst Informationen

✎ Unterlassene Verfahrensinformation

[512] Der Mediator hat direkte und indirekte Informationspflichten [790] zu erfüllen. Aus dem Umstand, dass die Mediation als Verfahren mit den Medianden zu vereinbaren ist, folgt, dass der Mediator auch Vereinbarungen zur Freiwilligkeit, zur Vertraulichkeit und zu anderen Prinzipien [488] treffen muss. Natürlich muss er sicherstellen, dass die Medianden sie verstanden haben.

Der Mediator berät nicht über die Schweigepflicht

✎ Unterlassene Belehrung über Aussageverweigerung

[513] Das Gesetz will das notwendige Verständnis der Medianden sicherstellen, indem es dem Mediator Informationspflichten [790] über die Verschwiegenheit [912] aufgibt. Die Verschwiegenheit ist nunmehr gesetzlich vorgesehen. Die unterlassene Information ändert also nichts an der Schweigepflicht des Mediators. Problematisch wird es, wenn die Parteien der Aufforderung zu einem offenen Gespräch folgen, aber die Grenzen der Verschwiegenheit falsch einschätzen. Der Mediator hat nicht nur über die Vertraulichkeit, sondern auch über die Grenzen der Verschwiegenheit zu belehren. Die unterlassene Belehrung über die Grenzen der Schweigepflicht stellt einen Haftungstatbestand dar.

Der Mediator berät nicht über einen möglichen Fristablauf

✎ Unterlassene Fristwarnung

[514] Es steht zwar nicht im Gesetz. Trotzdem sollte der Mediator die Parteien darauf hinweisen, welche Wirkungen die Mediation auf eventuell parallel laufende Verfahren hat. Das schließt die Information über die Hemmung der Verjährung ein, aber auch über den Ablauf von Notfristen, sonstige mögliche Fristabläufe oder Rechtsverluste, die während oder aufgrund des Verfahrens und neben dem Verfahren auftreten können⁴⁶¹. Ein Unterlassener Hinweis kann zur Haftung führen.

□ Erklärung zu Parallelprozessen, Rechtsfolgenhinweis

⁴⁶¹ Fritz Jost, Das Mediationsgesetz und die Haftungsfrage, ZKM 6/2011, Seite 168, 169

Keine Information über die Mediationsmodelle

✎ Keine Information über Mediationsmodelle

[515] Es ist als Mediationsfehler anzusehen, wenn der Mediator bei einem Konflikt der sozio-emotionalen Dimension und der wertmäßig-kulturelle Dimension⁴⁶² nicht auf die verschiedenen Formen der Mediation hinweist. Diese Unterlassung nimmt den Medianden eine Option. Sie hätten sich gegebenenfalls für eine transformative Mediation [94] entschieden. Der Mediator muss unaufgefordert offenbaren, wenn er dazu nicht in der Lage ist. Eine Unterlassung begründet seine Haftung.

□ Mediationsform(en) benennen und abstimmen

Der Mediator nennt eine Mediation Schlichtung

✎ Fehlerhafte Verfahrensbezeichnung

[516] Die Bezeichnung des Verfahrens ist nicht ausschlaggebend [548]. Wenn eine Mediation gemeint ist, treten die Rechtsfolgen des Mediationsgesetzes in Kraft.

Der Mediator achtet nicht auf das Setting

✎ Falsches Setting

[517] Das Gelingen einer Mediation hängt *nicht* davon ab, ob Kaffee und Kekse angeboten werden. Nicht selten entsteht der Eindruck, als sei dies ein Kriterium für den Mediationserfolg. Abgesehen von der psychologischen Bedeutung der Nahrungshingabe, ihrer biologischen Notwendigkeit und der atmosphärischen Wirkung sind der-

⁴⁶² Einteilung der Konflikte nach Dimensionen. Wikipediatioon (Konfliktdimensionen)

artige Details meist nicht wirklich leistungsbestimmend⁴⁶³. Trotzdem gibt es Fehler, auf die der Mediator schon bei dem Arrangement einer Mediation hereinfließen kann. Ausschlaggebend für das Setting sind zunächst der mögliche Rahmen und die Frage, ob der Mediator alle situativ vorgegebenen Möglichkeiten ausgeschöpft hat. **Die Grundregel lautet: Das Setting muss dem Wesen der Mediation gerecht werden.** Daraus folgt zum Beispiel, dass die Sitzordnung gleiche Augenhöhe signalisiert. Sie soll die Parteien davon entlasten, sich anschauen zu müssen⁴⁶⁴ und so angeordnet sein, dass der Mediator stets alle Parteien gleichzeitig im Blick haben kann, um die körpersprachliche Wirkung des Gesagten bei der Gegenseite wahrnehmen zu können. Um Fehler zu vermeiden, sollte der Mediator das gewählte Setting nicht nur auf die Verhandlung beziehen, sondern auch herleiten können.

Mediator führt keine Phase 2 durch

✎ Phasen unterdrückt

[518] Wenn der Mediator den Streit nicht erfasst und direkt in die Phase drei springt, riskiert er einen gravierenden Mediationsfehler. Die Phase zwei ist Teil des Er-

⁴⁶³ Obwohl eine Forschung belegt, dass ein warmes Getränk in der Hand die Verhandlungsstimmung messbar verbessert (siehe Wikipediainfo(Kaffee und Kekse).

⁴⁶⁴ Der Widerspruch einer face to face Sitzordnung zur Mediation ergibt sich aus dem Umstand, dass die Sitzordnung ein „Windows 2“ vorgibt. Dem Mediator wird es erschwert die Parteien im „Windows 1“ zu halten. Dies war das Ergebnis von begleitenden Forschungen im Justizprojekt „Integrierte Mediation für Familienrichterinnen und Richter im Bezirk des OLG Koblenz“, in welchem u.a. der Herausgeber eingebunden war.

kenntnisprozesses. Der Mediator muss gute Gründe vorweisen, wenn er von dieser Regel abweicht. Gegebenenfalls muss er mit einer Honorarkürzung rechnen, wenn die Medianden diesen Mediationsfehler bemerken.

Der Mediator führt keine Phase 3 durch

✎ Phasen übergangen

[519] Wenn die Phase drei übergangen wird, reduziert sich die Mediation auf eine Moderation. Was aber geschieht in diesem Fall, wenn eine Mediation vereinbart war? Die Phase drei passt sich dem jeweiligen Mediationsmodell [77] an. Sie ist zu gestalten, je nachdem ob eine facilitative oder eine transformative Mediation [94] nachgefragt wird. Mitunter, wenn es sich herausstellt, dass lediglich eine Sachauseinandersetzung geboten ist, mag es zutreffen, die Phase drei abzukürzen oder zu überspringen. Der Mediator braucht diese Verfahrensflexibilität, um das Verfahren der Konfliktdynamik anpassen zu können. Damit verhindert er, einen Konflikt zu erzeugen, wo noch keiner ist. Es kann also durchaus den Regeln der Kunst entsprechen, wenn die Phase drei ausfällt. (Beispiel: In einem Fall stellt es sich heraus, dass die Medianden keinen Konflikt haben, als es um die strittige Frage geht, ob das gemeinsame Kind mit dem Vater und dessen neuer Freundin in Urlaub fahren soll. Der Konflikt stellt sich als eine Sachauseinandersetzung über die pädagogische Frage heraus). Wenn die Phase drei demgegenüber ausfällt, obwohl sie geboten ist, dann ist ein Mediationsfehler anzunehmen.

Der Mediator springt zwischen den Phasen

✎ Mediator verliert die Phasenorientierung

[520] Wenn es das Konfliktverhalten der Parteien erfordert, ist es notwendig, die Phasen abzubrechen und etwa für andere Themen vorzuziehen. Wenn eine Phase zu früh geschlossen wurde, kann es notwendig sein, sie nachzubessern. Das Springen zwischen den Phasen ist somit eine gebotene Strategie. Sie bewirkt dass sich das Verfahren an den Konflikt anpassen kann. Der Mediator muss wissen, wo er sich im Prozess genau befindet. Er muss auch wissen, warum er welche Phase anwendet oder nicht. Kann er seine Position im Verfahren nicht erläutern oder den Phasenwechsel nicht erklären, liegt ein Verfahrensfehler nahe. Er kann Auswirkungen auf die Frage der Honorierung haben, wenn die Mediation zu lange dauert oder deshalb scheitert.

Mediator ermittelt

✎ Amtsermittlung

[521] Phase zwei dient der Sachverhaltsaufklärung. Genauer gesagt: der Streitermittlung. Ob die Sachverhaltsaufklärung in Phase zwei oder vier vervollständigt wird, ist eine Frage des Geschicks und Stils des Mediators. Es ist in keinem Fall die Aufgabe des Mediators, Ermittlungen durchzuführen oder selbst dazu beizutragen, Sachverhaltslücken zu schließen⁴⁶⁵. Wohl ist es seine Pflicht, auf Lücken – soweit sie für die Bearbeitung des Themas von Interesse sind - hinzuweisen.

⁴⁶⁵ Jost, (Mediationsgesetz), ZKM 6/2011, S. 168, 169

Der Mediator wechselt das Verfahren „on the fly“

✎ Verdeckter Verfahrenswechsel

[522] Ist es möglich, eine Mediation ohne Abstimmung mit den Medianden in ein anderes Verfahren zu überführen? Spontan würde diese Frage zu verneinen sein. Sieht man genauer hin, dann stellt man fest, dass die Mediation durchaus andere Verfahren (wie etwa) die Moderation in sich einschließt und sogar auf ihr aufbaut. Fällt das vermittelnde Element beispielsweise aus, weil der Konflikt nur eine Sachauseinandersetzung ist, dann verwandelt sich die Mediation in eine Moderation. Der Mediator wird dies kaum den Parteien mitteilen, weil sich am Ablauf des Verfahrens äußerlich nichts ändert. Lediglich das vermittelnde Element (Phase drei) fällt weg oder wird abgekürzt. Es ist keinesfalls in ein Verfahren zu überführen, das einen formalen Antrag erfordert.

Der Mediator vergisst das Loopen

✎ Fragen statt Loopen

[523] Der Mediator neigt dazu, Fragen zu stellen, anstatt die Parteien zu loopen⁴⁶⁶. Es handelt sich um einen Mediationsfehler, der den Verstehensprozess der Mediation verzögert, wenn nicht gar gefährdet.

Der Mediator evaluiert

✎ Bewertungen

⁴⁶⁶ Gemeint ist der "Loop of Understanding"
Friedmann/Himmelstein (Challenging Conflict) S. 62-64

[524] Zu denken ist an einen Fall, wo es um die Aufteilung eines Hofes geht. Nur eine Partei ist anwaltlich beraten, die andere Partei lehnt jede Beratung ab. Beide Parteien haben eklatant irrige Vorstellungen über die Rechtslage, den Ausgang eines juristischen Streites und die mögliche Bewertung des zu erzielenden Erlöses im Falle einer zwangsweisen Auseinandersetzung. Der Mediator bringt die fehlenden Informationen ein und weist darauf hin, dass diese eine unzuverlässige und zu überprüfende Einschätzung darstellten. Er weist auf den Beratungsbedarf hin. Eine solche Vorgehensweise ist juristisch einwandfrei. Sie widerspricht nicht dem Wesen der Mediation [39], da die Mediation nicht darauf abzielt, die Parteien nur im Interesse der dogmatischen Reinheit in eine nicht realisierbare oder auf Fehleinschätzungen beruhende Lösung zu führen. Es kommt entscheidend darauf an, dass die Parteien die Evaluation des Mediators nicht als das Ziel ihres Handelns ansehen [85][87][88].

Der Mediator macht Vorschläge

✎ Lösungsvorschläge

[525] Stellt man auf die Tätigkeit des Mediators ab - wie es die Begründung des Entwurfs nahe zu legen scheint (s.o.) - dann würde sich die Mediation in eine Schlichtung verwandeln, sobald der Mediator Lösungsvorschläge unterbreitet. Zu Recht hat das MediationsG im Tatbestand des § 1 *kein* Verbot formuliert, Vorschläge zu unterbreiten. Wenn es ein solches Verbot geben soll, muss es aus der „Eigenverantwortlichkeit“ hergeleitet werden. Nach der hier vertretenen Auffassung verändert ein Vorschlag des Mediators nicht ohne Weiteres den Charakter des Ver-

fahrens. Zum einen deshalb, weil sich das Verfahren nicht auf einzelne Tätigkeiten des Mediators, sondern auf die von ihm vereinnahmte Rolle ausrichtet, zum anderen deshalb, weil Vorschläge auch durchaus den Erkenntnisprozess unterstützen können. Mithin kommt es darauf an, wann und wie Vorschläge zu welchem Zweck angebracht werden. In der Praxis sind die Grenzen fließend. § 2 Abs. 3 Mediationsgesetz besagt, dass der Mediator die Kommunikation fördern soll. In der Praxis wird der Mediator in die Verlegenheit kommen, dass Vorschläge abgefragt werden. Bei der evaluativen Mediation stellen sie sogar eine vorgesehene Interventionsform dar. Ist das Mediationsgesetz anwendbar, kommt ein Mediationsfehler in Betracht, wenn der Mediator Vorschläge unterbreitet. Um zu beurteilen, ob Vorschläge einen Mediationsfehler auslösen, sollten die Hintergründe bekannt sein, warum Vorschläge unerwünscht sind, unter welchen Voraussetzungen sie möglich sind und gegebenenfalls wann und wie sie anzubringen sind. Ein pauschales Verbot von Vorschlägen wird der Mediation nicht gerecht. **Maßgeblich ist, um welche Art von Vorschlägen es sich handelt und wie sie auf das Verfahren einwirken.** Keinesfalls dürfen sie die Rolle des Mediators in Frage stellen. Vorschläge bergen folgende Risiken in sich:

1. Der Mediator meint, seine eigenen Vorschläge verteidigen oder durchsetzen zu müssen.
2. Die Medianden nehmen ihre eigene Verantwortung zurück.
3. Die Wahrnehmung der Medianden wird manipuliert.

[526] Ein Mediationsfehler ist spätestens dann anzunehmen, wenn die zuvor beschriebenen Risiken zu einem Verhalten führen, mit dem sich die Rolle des Mediators verändert, ein Wechsel des Kommunikationsmodells [70] herbeigeführt und zur Wesensveränderung des Verfahrens beigetragen wird. In diesem Fall stellt sich auch die Frage nach der Haftung, falls den Parteien aus dem nicht genehmigten Verhalten ein Schaden entstanden ist. Ein Schaden könnte anzunehmen sein, wenn die Parteien ohne den Vorschlag eine bessere Lösung gefunden hätten. Wenn der Vorschlag jedoch eine Lösung ermöglicht oder zu ihrer Optimierung beigetragen hat, kommt ein weitergehender Schaden nicht in Betracht. Lediglich der Frage, ob der Mediator für eine Schlichtung zu honorieren ist, wenn eine Mediation vereinbart war, muss er sich stellen.

Mediator bietet „Shuttle Mediation“ an

✎ Fehlerhafte Verfahrensbezeichnung

[527] Mediator bietet eine Telefonhotline an, die er als Shuttle Mediation bezeichnet, obwohl es keine ist. Das Mediationsgesetz greift nicht, weil keine Mediation durchgeführt wird. Gegebenenfalls besteht ein wettbewerbsrechtlicher Unterlassungsanspruch, weil mit der Werbung ein falscher Eindruck erweckt wird.

Der Mediator erlaubt Dritten die Teilnahme

✎ Ungenehmigte Öffentlichkeit

[528] Die Zulassung der Öffentlichkeit ist nur im Einvernehmen aller Beteiligten möglich. Eine ungenehmigte Öff-

fentlichkeit kann zur Haftung des Mediators führen, umso mehr, wenn dadurch vertrauliche Informationen weitergeleitet wurden.

Der Mediator verwendet unbekannt Interventionen

✎ Experimente

[529] Die Möglichkeit zum Einsatz „fachfremder“ Interventionen ist gerade der Reiz der Mediation als interdisziplinäres Verfahren. Besonders bei der transformativen Mediation [94] muss sich der Mediator Gedanken machen, wie er den Erkenntnisprozess bei den Medianden ermöglichen kann. Ungewöhnliche Interventionen und Methoden sind deshalb gar nicht ausgeschlossen. Grenzen ergeben sich dort wo das Wesen der Mediation [39] verletzt wird.

Mediator therapiert mit EFT

✎ Therapeutische Methoden, Coaching

[530] Wenn die Interventionen ins therapeutische hinein führen, ist eine Abgrenzung zur Therapie und zum Coaching durchzuführen. Die Mediation ist keines von beiden. Die Grenzen sind jedoch fließend. EFT (Emotional freedom technique) ist eine Hilfestellung zur Selbsthilfe, die irgendwo zwischen Therapie und Coaching zu verorten ist. Negative Gefühle wie Wut oder Angst können durch Klopfen auf bestimmte Akupunkturpunkte aufgelöst werden. Der Einsatz von EFT kann also förderlich sein. Die Prinzipien der Mediation sind zu beachten [488]. Zu einem Problem kann es kommen, wenn die Intervention nur einer Partei zugutekommt. und als partei-

lich verstanden wird. Oft ist die Gegenseite jedoch einverstanden und unterstützt die unter dem Gesichtspunkt der Allparteilichkeit [705] gebotene Maßnahme.

Der Mediator hilft aktiv bei den Formulierungen

✎ Formulierungshilfen

[531] Um Zeit zu sparen, entwirft der Mediator kurzerhand die Abschlussvereinbarung. Er ist zwar kein Anwalt, aber Jurist und kennt sich in dem Thema aus. Auch will er den Medianden eine Hilfestellung bieten. Die Grenzen des RDG sind zu beachten. Formulierungshilfen sind unzulässig, wenn sie den Regelungsgehalt verändern.

Der Mediator versäumt den Beratungshinweis

✎ Kein Beratungshinweis

[532] Wenn eine fehlerhafte Vereinbarung der Parteien zustande kommt, die mit dem Fachwissen des Mediators und dessen Hinweis hätte vermieden werden können, haftet der Mediator.

Es kommt zu einer nichtigen Vereinbarung

✎ Dokumentation unwirksamer Vereinbarungen

[533] Der Mediator muss gegebenenfalls auf die Unwirksamkeit einer Abschlussvereinbarung hinweisen. Bei fehlender Sachkenntnis muss er auf den Beratungsbedarf hinweisen (Beispiel: Die Medianden vereinbaren einen Kindesunterhaltsverzicht).

Der Mediator berät

✎ Beratung in der Mediation

[534] Er muss beraten, wenn es um das Verfahren geht. Eine sachliche Beratung ist ihm grundsätzlich verwehrt, soweit sie Entscheidungsbildend ist. Im Übrigen ist die Grenze des RDG zu beachten.

Der Mediator hilft bei der Abwicklung

✎ Abwicklungshilfe

[535] Nach dem erfolgreichen Abschluss einer internationalen Mediation hilft der Mediator den Parteien bei der Beschaffung der Apostillen und der Dokumente, die eine Umsetzung der gefundenen Regelung im In- und Ausland ermöglichen. Er besorgt insoweit die Geschäfte für die Parteien. Diese Form der Betreuung ist ein Teil der Abwicklung. Es ist keine andere Tätigkeit i.S.d. § 3 Abs. 2, solange sie in derselben Sache und zum Nutzen beider Parteien erfolgt.

Der Mediator lässt auf die Mediation ein Coaching folgen

✎ Coaching im Anschluss an die Mediation

[536] Medianten einigen sich. Statt zur Scheidung kommt es zur Wiedervereinigung. Der Mediator sieht jedoch, dass noch Fragen über die Gestaltung der Beziehung offen geblieben sind. Er bietet ein Coaching an. Das Angebot könnte gegen das Tätigkeitsverbot des § 3 Abs. 2 verstoßen [870]. Sicherer ist es, eine Fortsetzung der Mediation gegebenenfalls mit Einzelgesprächen auszuhandeln.

Der Mediator lässt sich auf eine Folgemediation ein

✎ Folgemediation

[537] Ein Mediator lässt sich auf eine Trennungsmediation mit Eheleuten ein, nachdem er zuvor eine Mediation zwischen der Ehefrau und deren Geliebtem, dem Kindeserzeuger durchgeführt hatte, die letzten Endes zum Scheidungswunsch der Ehefrau geführt hat. Der Mediator muss seine Neutralität in Frage stellen, nicht nur sich sondern auch den Parteien gegenüber. Als Mediator war er nicht der Interessenvertreter der Ehefrau in der vorangegangenen Mediation. Deshalb ist ein Tätigkeitsverbot i.S.d. § 3 Abs. 2 nicht anzunehmen. Er hat, was die Frau anbelangt aber einen Informationsvorsprung und – was noch schlimmer ist – eine dadurch möglicherweise bedingte einseitige Sicht auf den Ehemann. Diese Fragen sind gegebenenfalls mit den Medianden offen anzusprechen.

Die Frage der Haftung

[538] Das MediationsG selbst äußert sich nicht über die Frage der Haftung des Mediators, obwohl es ihm Pflichten auferlegt⁴⁶⁷. Wenn eine Verletzung von Pflichten vorliegt, folgt die Geltendmachung von **Schadenersatzansprüchen** aus den §§ 280, 284, 628 BGB und dem Recht der unerlaubten Handlung gem. § 823 BGB. Abweichungen können sich aus Sondervorschriften für einzelne Berufsgruppen ergeben⁴⁶⁸.

⁴⁶⁷ Begründung S. 24

⁴⁶⁸ Ratgeber (anwaltliche Pflichten)

[539] Haftung bedeutet das Entstehen für ein verantwortliches Handeln. Als Faustregel mag gelten: **Ein Haftungsrisiko besteht immer dann, wenn und soweit der Mediator Verantwortung übernimmt oder den Eindruck erweckt, er würde Verantwortung übernehmen.** Das gleiche gilt, wo er eine ihm auferlegte Verantwortung nicht übernimmt. Um keine falschen Eindrücke zu erwecken, sollte die Verantwortlichkeit im Mediationsvertrag bzw. der MDV klar geregelt sein.

▮ Verantwortlichkeit genau festlegen

[540] Das deutsche Schadensersatzrecht basiert auf dem Grundsatz der **Naturalrestitution**. Er ergibt sich aus § 249 BGB und besagt, dass der Geschädigte keine Vorteile aus dem schädigenden Ereignis erzielen soll. Der Nachweis eines Schadens erfordert einen Vergleich der Kausalverläufe. Der geschuldete Kausalverlauf wird mit dem realen Kausalverlauf in Relation gebracht. Ein Schaden ist anzunehmen, wenn der Anspruchsteller sich beispielsweise im Vertrauen auf die Zuverlässigkeit der ihm in der Mediation gegebenen Informationen auf eine Vereinbarung eingelassen hat, die er ansonsten nicht getroffen hätte. Ein Schaden ist demgegenüber nicht bereits anzunehmen, wenn der Mediator durch den Verstoß gegen die Regeln der Kunst die Mediation zum Scheitern bringt. Der Anspruchsteller muss darlegen können, dass die schädigende Handlung zu einem *konkreten* Schadensfall geführt hat, der anderenfalls nicht eingetreten wäre. Führt das fehlerhafte Verhalten des Mediators beispielsweise nachweislich zum vermeidbaren Abbruch der Mediation, müsste der Anspruchsteller darlegen, dass sein

Schaden bei einer Fortführung der Mediation nicht entstanden wäre. Es wird ihm kaum gelingen den konkreten Nachweis zu führen, dass im Falle einer Fortführung der Mediation ein zwingend besseres Ergebnis zustande gekommen wäre. Denn selbst bei Beachtung aller Regeln der Kunst besteht weder eine Garantie für ein derartiges Ergebnis, noch wird es geschuldet. Was er jedoch nachweisen kann, sind die ihm durch die vorwerfbar erfolgreiche Mediation entstandenen Kosten. Das sind in jedem Fall die Kosten der Terminwahrnehmung, gegebenenfalls der dadurch bedingte Arbeitsausfall und eventuelle Folgekosten.

[541] Auch zwischen der Pflichtverletzung und dem Schadenseintritt muss ein kausaler Zusammenhang feststellbar sein. Dem Mediator muss vorgehalten werden können, dass der Schaden bedingt durch sein Verhalten eingetroffen ist. Die Zurechenbarkeit schränkt sich im Zivilrecht nach der Adäquanztheorie ein. Danach unterbleibt eine Haftung, wenn aus objektiver und rückschauender Sicht der Schadenseintritt im konkreten Fall nicht vorhersehbar war. Anders gesagt: **Zugerechnet werden nur Handlungen, mit deren Eintritt nach der allgemeinen Lebenserfahrung gerechnet werden konnte**⁴⁶⁹. Die Kausalität wird regelmäßig nicht dadurch ausgeschlossen, dass außer dem zum Schadensereignis noch andere Umstände zur Schadensentstehung beigetragen haben. Das Fehlverhalten kann also zurechenbar kausal für das Scheitern einer Mediation sein, wenn die Mediation aus anderen, eventuell später hinzugetretenen Um-

⁴⁶⁹ BGH NJW 05, 1420

ständen gescheitert wäre, sofern die anderen Umstände den Kausalzusammenhang nicht unterbrechen, also eine völlig eigenständige Kausalität begründen⁴⁷⁰. Für den Nachweis einer Pflichtverletzung trägt der Mediator die Darlegungs- und Beweislast⁴⁷¹.

[542] Bei einem wirksamen Dienstvertrag ergeben sich die Ansprüche aus dem Vertrag selbst. Selbstverständlich ist es möglich, die Haftung etwa zur Gewährleistung vertraglich zu vereinbaren. Ein vollständiger Haftungsausschluss ist nicht zulässig, wohl aber weitgehende Haftungsbegrenzungen. Dabei macht es einen Unterschied, ob der Mediator auf vorformulierte Verträge zurückgreift oder die Mediation individualvertraglich gestaltet. In keinem Fall wäre es nach § 276 Abs. 3 BGB zulässig, die Haftung für Vorsatz auszuschließen. Bei der Verwendung von vorformulierten Verträgen oder Vertragsmustern i.S.d. § 305 BGB ist eine Haftungsbeschränkung weiterhin unzulässig, wenn sie überraschende (§ 305 c Abs. 1 BGB) oder intransparente Klauseln (§ 307 Abs. 1 BGB) beinhaltet, Schäden aus der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit betrifft (309 Nr. 7a BGB), oder aus der grob fahrlässigen Pflichtverletzung (309 Nr. 7b BGB) befreien soll. Berufsträger wie z.B. die Rechtsanwälte müssen gegebenenfalls Sondervorschriften beachten. Wenn § 51 a BRAO auch auf den Anwaltsmediator anzuwenden ist, bedeutet dies, dass der Anwaltsmediator die

⁴⁷⁰ Das ist der Fall, wenn kein adäquater Zurechnungszusammenhang mehr zwischen den Kausalitäten besteht. Vgl. BGH NJW 65,1177

⁴⁷¹ Entsprechend BGHZ 171, 261 Tz 12 = NJW 2007, 2485; WM 2008, 1563 Tz 20

Haftung für fahrlässige Pflichtverletzung nur unter weiteren Einschränkungen aufheben kann. **Minderungsansprüche**, wie sie das Kaufvertragsrecht zum Beispiel vorsieht, kennt das Dienstvertragsrecht nicht⁴⁷². Für Haftungsprivilegien, die Richter nach § 839 Abs. 2 BGB in Anspruch nehmen können, besteht in der Mediation weder Raum noch Bedarf.

Die Anspruchsberechtigung

Wer Schadensersatzansprüche geltend machen will, muss anspruchsberechtigt sein, also in *eigenen* Rechten verletzt sein. Die Frage der Rechtsverletzung ergibt sich aus dem MV i.V.m der MDV. Wenn die geschädigte Partei Vertragspartner des MV ist, ist der Rechtsgrund aus dem MV herzuleiten. Ist der Mediant aber nicht Vertragspartner des MV sondern nur der MDV, dann ergibt sich seine Anspruchsberechtigung aus § 328 BGB bzw. dem Institut des Vertrags zugunsten Dritter [442].

Prüfungsschema bei Haftung

[543] Es gibt noch eine weitere, nicht deutlich genug herauszustellende Eigenschaft der Mediation, die Einfluss nimmt auf die Art und Weise, wie ein zur Haftung führendes Fehlverhalten zu ermitteln ist. Die Mediation ist alles andere als monokausal. Sie ist komplex. Für die Prüfung von Haftungsfragen ergibt sich deshalb der Grundsatz: **Eine Handlung ist niemals nur isoliert zu bewerten, sondern immer nur als Teil einer Interaktionen-**

⁴⁷² So auch AG Lübeck, 24 C 1853/06 und *BGH NJW 2004, 2817, 2818*

kette zu betrachten, die durch den Kontext, das Setting, das Verhalten und den Zeitablauf beeinflusst wird. Letztlich ausschlaggebend ist stets die innere Einstellung des Mediators und die Frage, ob und inwieweit diese geeignet war, das Wesen der Mediation [39] zu verwirklichen. Die komplexen Ausführungen für das rechtlich gebotene Verhalten des Mediators lassen sich für die Frage seiner Haftung in die folgende Formel übersetzen, die zugleich ein rechtliches Prüfungsschema darstellt:

1. **Handlung**

Die zu bewertende Handlung wird in ihrer Gesamtheit und Wirkung als Teil einer Interaktion beschrieben.

2. **Rechtsverstoß**

Bewirkt die Handlung (oder Unterlassung) einen wesensverletzenden Verstoß gegen ein an den Rechtsquellen [250] auszurichtendes Prinzip?

3. **Nachhaltigkeit**

Konnte der Verstoß geheilt werden?

4. **Schaden**

Hat das pflichtwidrige Verhalten zu einem Schaden geführt?

Die Frage der Versicherung

[544] Die Vermögensschadenshaftpflichtversicherung ist von der Rechtsschutzversicherung zu unterscheiden. [977]. Während die Vermögensschadensversicherung den Mediator schützen soll, dient die Rechtsschutzversicherung der Prozessfinanzierung. Die Versicherungsun-

ternehmen bieten bereits einen Versicherungsschutz für Haftpflichtschäden an. Ihre Inanspruchnahme ist freiwillig. Eine Versicherungspflicht, wie sie etwa den Rechtsanwälten oder anderen Berufen auferlegt ist, obliegt den Mediatoren nicht. Die meisten Berufshaftpflichtversicherungen, wie etwa für Rechtsanwälte und Steuerberater, decken das Risiko „Mediation“ mit ab. In Österreich besteht eine Versicherungspflicht für eingetragene Mediatoren. In Deutschland gibt es Stimmen, die eine Versicherungspflicht nahe legen. Eine Notwendigkeit zum Schutz vor Vermögensschäden, die der Mediator verursachen kann, ist allerdings nicht ohne weiteres erkennbar. Wenigstens lässt sich das Haftungsrisiko genau abgrenzen, wenn die Verantwortlichkeiten geklärt wurden.

Die Frage der Verjährung

[545] Die Verjährung hat in der Mediation eine zweifache Bedeutung. Einmal betrifft sie die Verjährung der Ansprüche aus der Mediation, also im Wesentlichen die Honoraransprüche. Hier gilt die regelmäßige 3-jährige Verjährungsfrist. Zum anderen hat die Mediation selbst Einfluss auf die Verjährung der von den Parteien geltend gemachten Ansprüche. Um letztere geht es im Folgenden. Obwohl es die EU Richtlinie vorgesehen hat, wurden die Unterbrechung und die Hemmung der Verjährung nicht mit dem Gesetz zur Förderung der Mediation geregelt. Dazu bestand auch kein Anlass, denn das deutsche Recht kannte bereits eine passende Regel. § 203 BGB besagt, dass bei schwebenden Verhandlungen - als solche ist eine Mediation zweifellos anzusehen - zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger über den Anspruch oder

die den Anspruch begründenden Umstände, die Verjährung gehemmt ist, bis der eine oder der andere Teil die Fortsetzung der Verhandlungen verweigert. Die Verjährung tritt frühestens drei Monate nach dem Ende der Hemmung ein. Die Hemmung der Verjährung ist von der Unterbrechung zu unterscheiden. Während die Verjährung bei der Unterbrechung von neuem beginnt, bewirkt ihre Hemmung, dass nach § 209 BGB der Zeitraum, während dessen die Verjährung gehemmt ist, in die Verjährungsfrist nicht eingerechnet wird.

[546] Notfristen, dass sollte jeder Mediator wissen, werden durch die Mediation nicht gehemmt. Notfristen sind i.d.R. gesetzliche Fristen (Ausnahme §§ 276 Abs. 1 S 3; 339 Abs. 2 ZPO). Zu ihnen zählen insbesondere die Fristen zur Einlegung eines Rechtsmittels oder Einspruchs gegen ein Versäumnisurteil bzw. einen Vollstreckungsbescheid, nicht aber die Fristen für die Begründung eines Rechtsmittels oder eines Einspruchs und auch nicht die Frist zur Stellung eines Antrags auf Wiedereinsetzung gem. § 234 Abs. 1 ZPO⁴⁷³. Die Beachtung der Fristen ist nicht die Aufgabe des Mediators. Wohl zählt es zu seinen Aufgaben, auf den möglichen Lauf von Fristen hinzuweisen und sicherzustellen, dass die Parteien erkennen, dass und inwieweit die Mediation darauf (keinen) Einfluss nimmt. Ein genereller Hinweis im Mediationsvertrag genügt.

📄 Hinweis auf Fristenschicksal

⁴⁷³ *Jaspersen* (BeckOK) § 224 Rn 4, Stand: 15.07.2012

[547] Unterlässt der Mediator die Frage, ob parallel Prozesse anhängig sind oder nicht, und welche anderen Verfahren Einfluss auf den Lauf der Mediation nehmen könnten, dann riskiert er einen Mediationsfehler. Gegebenenfalls muss er darauf hinwirken, dass die parallel laufenden Prozesse den Verlauf der Mediation nicht gefährden.

✎ Kein Hinweis auf Fristenlauf und Prozessabstimmung

Die Frage der Umgehung

[548] Um sich der Rechtsfolgen des MediationsG zu entziehen, würde es nicht genügen, das Verfahren einfach anders zu benennen. Die EU-RL erwähnt ausdrücklich, dass es auf die Bezeichnung des Verfahrens *nicht* ankomme. Im deutschen Recht ist ein solcher gesetzlicher Hinweis nicht angebracht. Hier gilt der Grundsatz *falsa demonstratio non nocet* [548]. Er besagt, dass es für das Zustandekommen und die Wirksamkeit eines Vertrages unschädlich ist, wenn die Parteien übereinstimmend dasselbe wollen aber falsch bezeichnen, bzw. wenn der Erklärende seinen Willen unrichtig zum Ausdruck gebracht hat, aber der Erklärungsempfänger dies erkennt oder erkennen muss⁴⁷⁴. Entscheidend ist, was die Parteien gemeint haben (in welchem Verfahren sie sich sehen). Ist die Verstehensvermittlung in das nach § 1 beschriebene Verfahren gekleidet, dann sind die Vorschriften der Mediation anwendbar, auch wenn das Verfahren als Schlichtung bezeichnet wurde.

⁴⁷⁴ Wikipedia (Begriff), *Falsa_demonstratio_non_nocet*, dl 28.8.2012

[549] Der sichere Weg, die aus der Mediation folgenden Regeln der Kunst abzuändern oder auszuschließen, ist ihre Ungültigkeit zu vereinbaren. Dies geschieht z.B., indem das Verfahren nicht als eine Mediation, sondern anders *konzipiert* wird. Der Gesetzgeber hat gezeigt, wie die Umwidmung zu erfolgen hat. Es genügt nicht, die Mediation einfach als Methode zu bezeichnen. Möglich ist es aber, sie als Methode in einem anderen Verfahren für maßgeblich zu erklären. **Es kommt auf den Container an, nicht auf den Inhalt**⁴⁷⁵. Der Container ergibt – wie beim Güterichter – die Rechtsfolgen aus denen sich die möglichen Vereinbarungen oder Verfahrensvorschriften ableiten lassen [667]. Im Falle des Güterichters ist das die ZPO. Mithin ist die ZPO, nicht das MediationsG anwendbar. Die Regeln der Mediationskunst sind dementsprechend dann auch nicht verpflichtend. Möglich wäre es demnach auch die Dienstleistung als „Coaching mit der Methode der Mediation“ oder als „Schlichtung mit der Methode der Mediation“ zu bezeichnen, wenn der übergeordnete Rahmen tatsächlich ein Coaching oder eine Schlichtung ist. Terminologisch handelt es sich in diesen Fällen nicht um eine Mediation, weil das Begriffsmerkmal des Mediationsverfahrens [61] nicht gegeben ist.

Das Ziel des Gesetzes

[550] Die systematische Gesetzesauslegung hat den Fokus auf das *Wesen der Mediation* [39] als Inbegriff aller Auslegungsfragen gelenkt. Die nachrangig mögliche, teleologische Gesetzesdeutung, orientiert die Gesetzesaus-

⁴⁷⁵ Siehe die Containertheorie der Integrierten Mediation

gung aller Kritik zum Trotz⁴⁷⁶ auch am Gesetzeszweck. Der Gesetzeszweck ergibt sich aus der Begründung zum Entwurf des MediationsG, der von der endgültigen Fassung abweicht. Schon aus diesem Grunde ist fraglich, inwieweit der Gesetzeszweck eine Auslegungshilfe darstellen kann. Erschwerend kommt hinzu, dass sich die Zielsetzung mehrfach verändert hat. Ursprünglich wurde argumentiert, die Mediation solle der Justiz Kosten einsparen. Dieses Argument hatte sich jedoch spätestens mit der Einführung der gerichtlichen Mediation relativiert. Jetzt sollte es darum gehen, eine bessere und leistungsfähigere Justiz zu schaffen. Diese Zielsetzung mag auf die Ausführungen der EU-Direktive zurückzuführen sein. Dort wird die Mediation als „access to justice“ instrumentalisiert, wobei "justice" im Englischen nicht unbedingt die Justiz, sondern auch das Recht oder die Gerechtigkeit meinen kann⁴⁷⁷. Schließlich wurde das Ziel nicht mit dem in Deutschland bereits ausgeprägten Zugang zum Recht, aber mit der allgemeinen Verbesserung der Streitkultur beschrieben. **Laut der zuletzt verfassten Begründung des Gesetzes soll es das Ziel der gesetzgeberischen Bemühungen sein, die Mediation zu stärken**⁴⁷⁸. Der Gesetzesentwurf benennt in seiner Begründung die folgenden Ansätze, mit denen er dieses Ziel erreichen will:

1. Die Begründung des Regierungsentwurfs erwähnte

⁴⁷⁶ Herzberg NJW 1990, 2525

⁴⁷⁷ Die offizielle Übersetzung der EU-RL hat „Recht“ gewählt.

⁴⁷⁸ BMJ/age/LTO-Redaktion, Gesetzesentwurf: Leutheusser-Schnarrenberger will Mediationsverfahren stärken. In: Legal Tribune ONLINE, 19.07.2010, http://www.lto.de/persistent/a_id/1012/ (dl: 29.03.2013)

noch, dass sich verschiedene Formen der Mediation entwickelt hätten, *die im deutschen Recht weitgehend unregelt seien*. Gemeint war die gerichtsinterne Mediation. Nachdem sie nicht mehr vorgesehen wurde, bedurfte es offenbar keiner weiteren Differenzierung zwischen den Mediationsformen [127] oder Modellen [77]. Die verschiedenen Formen der Mediation und anderer außergerichtlicher Streitbeilegungsverfahren sind auch heute noch weitgehend unregelt, sieht man von der Möglichkeit der freien Vertragsgestaltung ab.

2. Die Vertraulichkeit des Mediationsverfahrens sollte durch eine Verschwiegenheitspflicht von Mediatorinnen und Mediatoren geschützt werden. Tatsächlich ist der Schutz unvollständig geblieben. Er bleibt sogar hinter vertraglich möglichen Regelungen zurück. Privatvertragliche Korrekturen sind erforderlich.

3. Die Vollstreckbarkeit von in einer Mediation geschlossenen Vereinbarungen sollte erleichtert werden. Anders als im Entwurf des Ministeriums wurde keine Regelung zur Vollstreckbarkeit getroffen. Die meisten Mediatoren sind mit dieser Unterlassung jedoch sehr zufrieden.

4. Schließlich sollte die Richtlinie 2008/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2008 über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen in deutsches Recht umgesetzt werden. Dazu bestand keine Veranlassung. Die rechtlichen Anforderungen zur Einführung der Mediation waren in Deutschland durchaus auch ohne ein Gesetz gegeben. Die Vertraulichkeit beispielsweise kann durch einen Pro-

zessvertrag zwischen den Parteien vereinbart werden. Das Gleiche gilt für die Freiwilligkeit, die ein vereinbarungsfähiges, sofortiges Kündigungsrecht der Mediation begründet. Die Hemmung oder Unterbrechung der Verjährung aus Anlass schwebender Verhandlungen war ebenfalls schon in unserem Gesetz bekannt. Die Vollstreckbarkeit konnte durch notarielle Beurkundung herbeigeführt werden usw.

[551] Festzustellen ist, dass die zitierten gesetzgeberischen Ziele nicht verwirklicht wurden [550][630]. Lediglich eine als Güterverhandlung kaschierte Form der Gerichtsmediation wurde etabliert. Das Ziel, die außergewichtliche Konfliktbeilegung und insbesondere die Mediation im Bewusstsein der Bevölkerung und der in der Rechtspflege tätigen Berufsgruppen stärker zu verankern⁴⁷⁹, wurde allerdings schon jetzt erreicht. Der Markt ist in Bewegung.

[552] **Das MediationsG ist ein politisches Gesetz.** Es sollte auch so verstanden werden. Das politische Ziel ist die Förderung der Mediation durch ihre Institutionalisierung als ein weiteres, alternatives Verfahren der Konfliktbeilegung. Das politische Interesse verdeutlicht sich in den Vorschriften der §§ 8 und 9, in dem der Gesetzgeber im Gesetz selbst festschreibt, die weitere Entwicklung überwachen zu wollen. Das Gesetz ist nur ein erster, unvollständiger Schritt. Es ist damit zu rechnen, dass das Mediationsgesetz (wie in vielen anderen EU Ländern be-

⁴⁷⁹ Begründung S. 16

reits geschehen⁴⁸⁰) nachgebessert werden wird. Empfehlungen, wo nachgebessert werden könnte und sollte, ergeben die im Anhang zu findenden „Gelegenheiten zur Stärkung der Mediation“.

[553] Indirekt zeigt das Gesetz schon jetzt Ansätze, die sich auf den Umgang mit der Mediation auswirken. Im Vordergrund stehen die Institutionalisierung der Mediation als ein alternatives Verfahren zur Gerichtsbarkeit [554], gefolgt von der Professionalisierung [556] und dem Merchandising, dem Zugang zum Markt [581].

Die Institutionalisierung

[554] Auf einer Skala, welche die Parteiverfahren dem hoheitlichen Verfahren gegenüberstellt, liegt die Mediation irgendwo im Mittelfeld. Es entspricht ihrer Flexibilität – oder besser gesagt: es sollte ihrer Flexibilität und Anpassungsfähigkeit entsprechen – ob die Positionierung im Einzelfall näher am Parteiverfahren oder am hoheitlichen Verfahren anzusiedeln ist. Die Unterschiede liegen in den zwischen Parteiverfahren und hoheitlichen Verfahren erzeugten Spannungsfeldern:

Parteiverfahren		hoheitliche Verfahren	
Mediation	Schlichtung	SchiedsG	Gericht
informell			formell
ungeregelt			geregelt
eigenverantwortlich			fremdverantwortlich
freiwillig			unfreiwillig

⁴⁸⁰ Zuletzt in Rumänien siehe Loredana Larionescu (Streitschlichtung)

[555] Mit dem MediationsG und der damit einhergehenden Institutionalisierung droht die Mediation immer mehr in die Richtung der hoheitlichen Verfahren zu geraten, anstatt bei ihren Ursprüngen, den reinen Parteiverfahren zu bleiben. Die Institutionalisierung der Mediation hat zwei Seiten. Einmal hilft sie dabei, das Verfahren der Mediation besser zu erkennen. Zum anderen mag sie dazu beitragen, dass sich die Mediatoren als eine Institution begreifen, in der sie eine zunehmende Verantwortung für den Prozesserfolg zu übernehmen haben. Mit ihrer Institutionalisierung hat der Staat eine Verantwortung übernommen. Sie begünstigt die anwachsende juristische Durchdringung eines an und für sich ganz natürlichen Lebensvorganges so, dass schon von dem "Neuen Recht zur Einigung"⁴⁸¹ gesprochen wird. Wäre es nicht zutreffender von "Neuen Pflichten zur Einigung" zu sprechen? Ob die Institutionalisierung der Mediation zu einer Erleichterung oder Erschwernis des sich einig Werdens führt, muss sich noch erweisen. **Wichtig ist darauf zu achten, dass die Mediation nicht andere Formen der kooperativen Konfliktbeilegung verdrängt und den Weg in die Kooperation erschwert statt ihn zu erleichtern.** Andere Verfahren der einvernehmlichen Konfliktbeilegung sollten nicht als Konkurrenten, sondern als Ressourcen der Mediation gesehen werden. Die mit der Institutionalisierung verbundene Verdichtung von Regeln wird der Mediation ein anderes Bild geben und sich mit ihrem Wesen in Widerspruch begeben. Die Mediation wird auf die Fließbandfertigung vorbereitet. Die Institu-

⁴⁸¹ So der Buchumschlag des Kommentars zum Mediationsgesetz von Greger/Unberath, Beck Verlag.

tionalisierung neigt zum Verordnen. Sie wird weiterhin dazu beitragen, den Einigungsprozess messen und kalkulieren zu wollen. **Um die mit der Institutionalisierung einher gehenden Gefahren zu vermeiden, bedarf es einer ständigen Auseinandersetzung, ob und inwieweit die Institutionalisierung noch mit dem Wesen der Mediation einher geht und inwieweit es die Mediation riskieren kann, menschliches Einfühlungsvermögen an DIN-Normen zu verlieren.**

Die Professionalisierung

[556] Mit der Institutionalisierung einher geht die Professionalisierung. Sie ist zwar nicht das *erklärte* Ziel des Mediationsförderungsgesetzes. Aus den Umständen ergibt es sich jedoch, dass der Gesetzgeber den Weg in die Mediation (die Anwendung von Mediationsverfahren) über die Professionalisierung der Mediatoren erkennt. Mit der Professionalisierung wird sich eine weitere juristische Ebene auftun, gemeint ist das **Berufsrecht** des Mediators. Wer wird dessen Hüter sein? Die Professionalisierung der Mediation ist nicht unumstritten⁴⁸². Sie könnte einen ungesunden Abgrenzungsbedarf zur privaten, weiterhin notwendigen Streitvermittlung und den originären Streitbeilegungskompetenzen der bereits bestehenden Berufe provozieren. Es kommt zu einer Verschiebung der Märkte und des Angebots.

⁴⁸² *Trossen* (Professionalisierung)

Der Beruf

[557] Nach einem zwei-jährigen Forschungsprojekt⁴⁸³ des BiBB wird die Mediation als ein Tätigkeitsfeld beschrieben, „... das bisher weder Berufsbildung noch Berufsbildungsforschung nachdrücklich in ihr Blickfeld gerückt haben. Das liegt vor allem daran ...“, wird weiter ausgeführt, „... dass Mediation außerhalb jener „klassischen“ Wirtschafts- und Beschäftigungsfelder mit etablierten Verbands- und Beschäftigungsstrukturen liegt, durch die das Berufsbildungssystem aufgrund vielfältiger Arbeits- und Kooperationsbeziehungen Informationen über qualifikations- und beschäftigungsrelevante Entwicklungen in diesen Bereichen erreichen“⁴⁸⁴. Die aus dem Jahre 2004 stammende Untersuchung dürfte überaltert sein. Sowohl die Berufsstände wie die Institutionen versuchen, die Mediation in ihre Strukturen zu integrieren. Lediglich ihre Interdisziplinarität und Vielseitigkeit steht einer vollständigen Einverleibung im Wege. Ebenso aktuell wie bemerkenswert ist die Feststellung, dass die bildungsberuflichen Chancen von der beruflichen Positionierung der Mediation abhängig sind. „Mediation wird von Personen mit unterschiedlichen beruflichen Werdegängen und in vielfältigen organisatorisch-strukturellen Kontexten ausgeübt“, führt Vollmer weiter aus⁴⁸⁵. Die Studie weist drei typische Berufswege in die Mediation nach:

⁴⁸³ Forschungsprojekt Nr. 4.2.015: Mediation: Qualifikationsentwicklungen, Qualifizierungsbedarf und Verberuflichung in einem wachsenden innovativen Beschäftigungsfeld; BWP 4/2004 39

⁴⁸⁴ BWP 4/2004 39

⁴⁸⁵ *Vollmer* (berufliche Bildung), S. 38

- „Mediationspioniere“, d.h. diejenigen, die Mediation (meist durch Kontakt mit amerikanischen Mediationstrainern) in Deutschland eingeführt haben und ... auch Ausbildungen anbieten,
- Personen, die im Rahmen ihres juristischen oder sozial-wissenschaftlichen bzw. sozialpädagogischen Studiums bereits durch Teilnahme an akademischen Qualifizierungsangeboten mit Mediation in Berührung kommen und daraufhin eine entsprechende Anwendung im Rahmen ihrer späteren Berufstätigkeit anstreben,
- Personen, die eher zufällig im Laufe ihres beruflichen Werdegangs durch persönliche Kontakte, Veranstaltungen o. a. Interesse und Einstieg in Mediation gewinnen und diese in ihre berufliche Tätigkeit integrieren.

[558] Zu berücksichtigen sind auch Berufstätige, die sich zwar in Mediation ausbilden lassen, aber nicht beabsichtigen, die Mediation professionell als Dienstleistung anzubieten. Ihnen kommt es auf den Kompetenzzuwachs an. Glaubt man § 1 Abs. 2 ist der Mediator gar kein Berufsträger. Nach der Legaldefinition handelt es sich um „... eine ... Person, die die Parteien durch die Mediation führt“. Konsequenterweise beschreibt der Beruf des Mediators die professionelle Ausübung der Mediatorentätigkeit [564], mithin die professionelle Durchführung von Mediationen. Darf sich ein Mediator dann auch so bezeichnen, wenn er Schlichtungen durchführt? Ist es ihm am Ende verwehrt andere ADR Verfahren durchzuführen? Die Praxis verwendet die Berufsbezeichnung unscharf und eher im Sinne eines Vermittlers. Die Bundesagentur für

Arbeit beschreibt den Beruf des Mediators wie folgt: „Mediatoren und Mediatorinnen unterstützen streitende Parteien bei Konflikten unterschiedlicher Art, um zu einvernehmlichen, außergerichtlichen Lösungen zu gelangen“⁴⁸⁶. Keine Frage, dass diese Definition einen Streitvermittler beschreibt und nicht den Mediator im Sinne des § 1 Abs. 2. Bemerkenswert ist auch, dass der Beruf des Schlichters nicht gelistet ist.

[559] Tatsächlich ist die berufliche Einordnung der Mediation nicht ganz einfach. Schon die Zuordnung zu Berufsfeldern bereitet einige Schwierigkeiten. Die Agentur für Arbeit führt aus: „Der Beruf Mediator/in ist folgenden Berufsfeldern zugeordnet: Berufe in der Therapie (nicht-ärztlich), Berufe mit Psychologie, Berufe rund um Recht und Verwaltung“⁴⁸⁷. Berufsfelder sollen die Übersicht über die Berufe und ihre Anforderungen vereinfachen. Ca. 350 Berufe sind in 13 Berufsgruppen und in 54 Berufsfelder unterteilt⁴⁸⁸. Die Zuordnung der Mediation ist nicht eindeutig. Könnte sie nicht durchaus auch ein Beruf im Gesundheitswesen oder in der Sozialarbeit und Erziehung sein? Es ist der Preis ihrer Interdisziplinarität und kognitiven Allkompetenz. Wieder begegnen wir der systemischen Herausforderung, eine Metainstanz auf der operativen Ebene verorten zu wollen. Am besten mag die Mediation in der Gruppe „übrige Dienstleistungsberufe“⁴⁸⁹ aufgehoben sein, denn eine dienstleistende Tätig-

⁴⁸⁶ Agentur für Arbeit (Mediator)

⁴⁸⁷ Agentur für Arbeit (Berufsfeld)

⁴⁸⁸ Stand BIBB: April 2009

⁴⁸⁹ Es gibt abweichende Quellen (z.B.:

<http://berufenet.arbeitsagentur.de/berufe/themeSearch.do>).

keit ist sie zweifellos. Die Beantwortung der Frage ist letztlich zumindest für den Anwender von keiner ausschlaggebenden rechtlichen Bedeutung und eher eine Angelegenheit der Berufsorganisation.

[560] **In der Begründung des Gesetzesentwurfs wird ausgeführt, dass die Nachfrage noch gar keine hauptberufliche Tätigkeit decken könne**⁴⁹⁰. Es sei deshalb zu ermöglichen, die Mediation im Nebenberuf auszuüben. Die Unterscheidung zwischen Haupt- und Nebenberuf ist ein Begriff des Sozialversicherungsrechts. Sie beantwortet die Frage nach der Sozialversicherungspflicht des Mediators. Ob der Berufstätige die Mediation haupt- oder nebenberuflich ausübt, hängt im Wesentlichen vom Umfang, nicht von der Art der ausgeübten Tätigkeit ab. Keinesfalls rechtfertigt ein geringeres Auftragsvolumen im Nebenberuf, die Qualität der Leistung zu schmälern. Natürlich ist die Nachfragesituation ein Faktor, der in einem Nebenberuf geringer ausfallen darf als in einem Hauptberuf. Er gibt Aufschluss über die Belastbarkeit des Berufstätigen. Sind die Anforderungen höher als der zu erwartende Ertrag, sinkt die Investitionsbereitschaft für die Aus- und Fortbildung, wenn sich kein weiterer Nutzen der Ausbildung ergibt. In jedem Fall ist es konsequent, wenn die Mediatorenausbildung - wie bei der Agentur für Arbeit geschehen - den Berufen „mit unterschiedlichen Zugängen“ zugeordnet werden. Ein Ausbildungsberuf jedenfalls ist die Mediation

Diese Berufsgruppenbezeichnung wurde aus Wikipedia(Berufsfelder), dl: 5.5.2014 entnommen.

⁴⁹⁰ Begründung S. 21

nicht⁴⁹¹. Man wird auch kaum von einem Weiterbildungsberuf sprechen können. Eine vorhandene berufliche Vorbildung wird zwar vorausgesetzt. Sie wird aber in einer Mediatorenausbildung weder vertieft noch erweitert und ist durchaus gelöst vom Ausgangsberuf und nur gegebenenfalls daran orientiert zu erlernen. Andererseits ist der Mediator auch mehr als eine Zusatzausbildung. Erst recht, wenn die Ausbildung zur Ausübung eines eigenständigen Berufs ermächtigen soll. Jedenfalls ist Mediator auch kein Studienfach, kein Hochschulberuf und auch keine Tätigkeit ohne geregelte Ausbildung. Nach dem Entwurf der ZMediatAusv ist die Mediation sogar nur als Folgeberuf denkbar. § 2 des Entwurfs der ZMediatAusv besagt, dass sich als zertifizierter Mediator nur bezeichnen darf, „... wer neben einer Ausbildung nach § 3 über folgende Qualifikationen verfügt ... und (über) eine mindestens zweijährige praktische berufliche Tätigkeit“⁴⁹². Österreich hat die Mediation in das „alphabetische Verzeichnis aller *akademischen* Berufe“ einsortiert⁴⁹³. Dort wird ausgeführt: „Der Beruf wird von Fachleuten aus juristischen, psychosozialen und psychotherapeutischen Berufen ausgeübt, die über eine entsprechende *Zusatzausbildung* verfügen“. Auch die bei der Agentur für Arbeit in Deutschland gelisteten Berufe füh-

⁴⁹¹ Siehe die Liste der „staatlich anerkannten Ausbildungsberufe und Berufe in Erprobung“, Stand: 01.08.2013, <http://www2.bibb.de/tools/aab/aabberufeliste.php>, dl 18.4.2014

⁴⁹² Begründung (ZMediatAusv) S. 3

⁴⁹³ Beruflexikon S. 61

ren den Mediator auf⁴⁹⁴. Ungenau wird er dort über eine Tätigkeit beschrieben, „... durch deren Unterstützung streitende Parteien zu einvernehmlichen, außergerichtlichen Lösungen gelangen“. Aktuell erwartet § 5 Abs. 1 vom Mediator im Gegensatz zum zertifizierten Mediator [964][980] nach § 5 Abs. 2 lediglich eine Aus- und Fortbildung⁴⁹⁵. Der Mediator ist nach aktuellem, deutschem Recht an keinen Hauptberuf gebunden⁴⁹⁶. Die Tätigkeit des Mediators kann also durchaus als eigenständige Berufsausübung verstanden werden.

[561] Nach einer **Schätzung des statistischen Bundesamtes** soll es 7.500 Mediatoren geben bei einem jährlichen Zuwachs von 1.000 Mediatoren⁴⁹⁷. Eine inoffizielle Schätzung besagt, dass es weit mehr als 50.000 ausgebildete Mediatoren gibt⁴⁹⁸. Die Schätzung erscheint eher zu niedrig. Sie wird nachvollziehbar, wenn man die Zahl der Ausbildungsinstitute mit einer durchschnittlichen periodischen Absolventenzahl multipliziert. Allein die von der

⁴⁹⁴ Berufsliste

<http://berufenet.arbeitsagentur.de/berufe/start?dest=profession&prof-id=8263&name=Mediator/in> dl 19.2.2014

⁴⁹⁵ Das ergibt sich aus den Standards der Verbände und § 2 des Entwurfs zur ZMediatAusV.

⁴⁹⁶ Allerdings sieht der Entwurf der ZMediatAusV eine zweijährige vorberufliche Tätigkeit als eine Bedingung vor.

⁴⁹⁷ ZMediatAusV-Entwurf S. 2

⁴⁹⁸ Die Angabe stammt vom BM Mediation und wird auf „versichern privat“ zitiert im Beitrag: „Mediation statt Prozess – wer profitiert eigentlich wirklich davon?“, http://www.versichern-privat.de/mediation_rechtsschutzversicherung.html. Die Angaben beruhen auf Schätzungen. Wenn 200 Ausbildungsinstitute über 12 Jahre 20 Teilnehmer / Jahr ausbilden kommt es schon auf 48.000 Mediatoren

Stiftung Warentest⁴⁹⁹ ermittelten 298 Ausbildungsinstitute errechnet bei 15 Absolventen / Jahr und bei einer angenommenen 15-jährigen Ausbildungstätigkeit eine Zahl der ausgebildeten Mediatoren von über 67.000. Einen Eindruck von der Zahl der beruflich tätigen Mediatoren mag das Verzeichnis bei „Mediator-finden“ geben, wo aktuell 3.800 Mediatoren registriert sind⁵⁰⁰. Diese Zahl entspricht auch in etwa der Summe der Mitgliederzahlen in den Verbänden. Eigentlich sind das genug Anbieter und gemessen an der Nachfrage sogar zu viele. Solange die Mediation sich nicht als ein eigenständiges Berufsbild etabliert, versuchen Professionen und Institutionen deren Annektierung. Sie deklarieren die Mediation als ihre ureigene Aufgabe. Es kommt zu Verbiegungen und Verwerfungen. Eine Ab- und Ausgrenzungspolitik wird begünstigt⁵⁰¹. Sie ließe sich vermeiden, sobald eine systematische Grenzziehung zwischen der Mediation als Kompetenz, Beruf und Produkt, (Mediationsradius[58]) und der sich daraus ergebenden Verfügbarkeit erfolgt.

✍ Grenzziehung und Systematik

Das Berufsrecht

[562] Ein eigenes Berufsrecht für Mediatoren gibt es nicht. Je mehr sich die Mediation in den konventionellen Berufen verliert, umso schwerer wird es auch sein, dies zu

⁴⁹⁹ Stiftung Warentest (145 Angebote)

⁵⁰⁰ www.mediator-finden.de ist das unabhängige und größte deutsche Mediatorenverzeichnis

⁵⁰¹ *Ahrens*, Mediationsgesetz und Güterichter – Neue gesetzliche Regelungen der gerichtlichen und außergerichtlichen Mediation, NJW 2012, 2465

etablieren. Auch fehlt es an einer eigenen berufsständischen Vertretung. Berufsrechtliche Regelungen finden sich in manchen Berufsordnungen wieder. Die BORA beispielsweise bestimmt in ihrem § 7a, dass sich der Rechtsanwalt als Mediator bezeichnen darf, wenn er nachweisen kann, dass er nach einer geeigneten Ausbildung die Grundsätze des Mediationsverfahrens beherrscht⁵⁰². § 18 besagt: „Wird der Rechtsanwalt als Vermittler, Schlichter oder Mediator tätig, so unterliegt er den Regeln des Berufsrechts“. Seit der Einführung des MediationsG müsste § 18 BORA mit dem Zusatz ergänzt werden: „... soweit das Recht der Mediation dem nicht entgegen steht“.

[563] Dem Steuerberater ist es bei entsprechender Qualifikation gestattet, als Mediator tätig zu werden. Ihm ist es aber nicht erlaubt, den Titel „Mediator“ im Zusammenhang mit seinem Namen und der Berufsbezeichnung Steuerberater zu führen, § 43 Abs.2 StBerG⁵⁰³.

Die Berufsbezeichnung

[564] Die Berufsbezeichnung *Mediator* bleibt auch nach dem MediationsG mehr oder weniger ungeschützt. Zu unterscheiden sind der Mediator, der zertifizierte Mediator (evtl. der Berufsmediator), der Mediator mit einem Ausbildungszertifikat und der Fachmediator. Gäbe es nicht den § 1 Abs. 2 dann könnte Mediator der Oberbegriff sein.

⁵⁰² Übersicht bei *Horn*, NJW 2007, 1413

⁵⁰³ Am 05.06.2012 hat der „Deutsche Steuerberaterverband e. V.“ die Möglichkeit zur Fortbildung als „Fachberater Mediation“ beschlossen.

[565] Der Begriff **Mediator** hat zwei Bedeutungen. Die Legaldefinition in § 1 Abs. 2 beschreibt seine Funktion, deren Bedeutung sich aus der Rolle als neutraler Dritter innerhalb einer Mediation ergibt. Die andere Bedeutung meint den Beruf des Mediators [721]. Zur sprachlichen Klarheit mag zwischen Mediator und Berufsmediator unterschieden werden, falls sich der zertifizierte Mediator nicht entsprechend positioniert [964]. **Berufsmediator** kann prinzipiell jeder sein, der eine irgendwie geartete Ausbildung nachweisen kann. Mediator darf sich demzufolge nennen, wer den Beruf ausübt. **Es ist in keinem Fall ein zu verleihender Titel oder eine berufliche oder gar akademische Graduierung.** Akademische Titel sind: Master of Arts (MA) oder Master of Mediation (MM). Einschränkungen für das Benennungsrecht als Mediator ergeben sich lediglich für bestimmte Berufe, wie z.B. den Rechtsanwalt in § 7a BORA⁵⁰⁴ und aus dem Wettbewerbsrecht.

[566] **Zertifizierter Mediator** kann sich nur nennen, wer eine Ausbildung zum Mediator abgeschlossen hat, die den Anforderungen der Rechtsverordnung nach § 6 entspricht [963].

[567] Daneben gibt es den **Mediator mit Ausbildungszertifikat**. Die Verbände haben Standards für eine über das Niveau des zertifizierten Mediators hinausgehende Ausbildung entwickelt. Ein „Mediator (BM)“ oder ein „In-Mediator“⁵⁰⁵ beispielsweise haben mindestens eine 200-stündige Ausbildung mit Praxisnachweis durchlaufen.

⁵⁰⁴ Übersicht bei *Horn*, NJW 2007, 1413

⁵⁰⁵ 2 Sterne-Mediator der Integrierten Mediation

Außer den Verbänden vergeben auch Hochschulen und Ausbildungsinstitute Zertifikate, die der Mediator stets mit einem Klammerzusatz anfügt; zum Beispiel: „Mediator (Hochschule Darmstadt)“.

[568] Dem Mediator ist es erlaubt, Fachbezeichnungen zu führen und sich gegebenenfalls als **Fachmediator** zu bezeichnen. So kann er sich z.B. ohne weiteres als Cross Border Mediator benennen oder als Ehemediator oder als Fernsehmediator, wenn er für die dazu passenden Zielgruppen tätig werden will. Diese Offenheit auf dem Markt ist grundsätzlich nicht zu beanstanden. Sie ermöglicht es dem Kunden, den passenden Mediator auszuwählen. Man sollte sich aber im Klaren darüber sein, dass die Fachausrichtung nicht immer eine Zusatzqualifikation bedeutet und nicht mit einer Marke verwechselt werden sollte. Oft trifft man – wie z.B. bei der Wirtschaftsmediation – auf eher abgekürzte Ausbildungen.

Das Berufsbild

[569] Im Gegensatz zu Rechtsanwälten, Steuerberatern oder Wirtschaftsprüfern gibt es kein gesetzlich festgelegtes Berufsbild. § 1 Abs. 2 PartGG enthält eine Legaldefinition des freien Berufs, der „im Allgemeinen auf der Grundlage besonderer beruflicher Qualifikation oder schöpferischer Begabung die persönliche, eigenverantwortliche und fachlich unabhängige Erbringung von Dienstleistungen höherer Art im Interesse der Auftraggeber und der Allgemeinheit zum Inhalt“ hat. Obwohl der Gesetzgeber den Mediator weder im PartGG noch im EStG ausdrücklich erwähnt, sind mit den Anforderungen des MediationsG an den Mediator und die Mediation die

Legaldefinition des PartGG erfüllt. Dabei kommt es nicht auf die Ausbildung also die Anzahl der erhaltenen Unterrichtsstunden an, sondern auf die Tätigkeit des Freiberuflers. Für Rechtsanwälte und Steuerberater ist die Ausbildungsdauer relevant, da sie aufgrund ihrer Berufsordnung nur dann als Mediator tätig werden dürfen, wenn sie allein in ihrer Rolle als Mediator über diese notwendigen Qualifikationen verfügen.

✍ Mediator im PartGG und EStG erwähnen

[570] Dass es sich bei dem Mediator um einen freien Beruf handelt ergibt sich aus § 1 Abs. 2. Danach ist die Unabhängigkeit des Mediators als eine wesentliche Tätigkeitsbedingung festgeschrieben. Die Unabhängigkeit, also die Weisungsfreiheit ist ein zentrales Merkmal aller freien Berufe. Als Freiberufler übt der Mediator kein Gewerbe aus, so dass er auch keine Gewerbebeantragung vorzunehmen hat. Der Mediator bezieht freiberufliche Einkünfte nach § 18 Abs. 1 Nr. 1 EStG.

[571] Obwohl es sich um einen freien Beruf handelt, kann der Mediator mangels entgegenstehender berufsrechtlicher Vorschriften auch eine so genannte Freiberufler-GmbH, eine Partnerschaftsgesellschaft, gründen⁵⁰⁶. Anders als bei der GmbH-Gründung behält der Freiberufler seinen Status, weil die Partnerschaftsgesellschaft kein Kaufmann und kein Gewerbe ist⁵⁰⁷. Nicht selten kommt es vor, dass die Mediation nicht vom Mediator selbst,

⁵⁰⁶ Übersicht über die möglichen Gesellschaftsformen siehe hier: <http://www.reutlingen.de/747?view=publish&item=situation&d=1023> abgelesen am 1.3.2013

⁵⁰⁷ siehe Wikipedia (Begriff), Partnerschaftsgesellschaft_(Deutschland) dl 1.3.2013

sondern von einer Organisation angeboten wird. Zu denken ist an eine Mediatoren GmbH, die angestellte Mediatoren beschäftigt, oder an die Beratungsstellen, deren Mitarbeiter Mediation anbieten, bis hin zur Justiz, dem Jugendamt und andere Behörden. Die Fälle sind von der institutionalisierten Mediation [143] zu unterscheiden. Nach der hier vertretenen Auffassung steht die Tatsache, dass ein Mediator in einem angestellten Beschäftigungsverhältnis steht, zumindest solange der Anwendung des MediationsG nicht im Wege, solange das Beschäftigungsverhältnis zum Mediator so ausgestaltet ist, dass seine Unabhängigkeit, Neutralität und Verschwiegenheitspflicht gewahrt werden kann [912].

Die Berufsausübung

[572] **Das deutsche MediationsG unterscheidet keine Rechtsfolgen, ob die Mediation durch einen zertifizierten oder einen nicht zertifizierten Mediator ausgeführt wurde.** Es erwartet jedoch in § 5, dass der Mediator eine Ausbildung absolviert hat.

Die Berufsaufsicht

[573] Es gibt keine staatliche Berufsaufsicht. Die Prüfung der Einhaltung von Standards wird den standardgebenden Verbänden überlassen, soweit sie die Mitglieder oder Absolventen durch eine Selbstverpflichtung binden. In den anderen Fällen sollen der Wettbewerb und das Zivilrecht die Einhaltung der Standards sichern.

[574] Auch wenn der Mediator keiner eigenen Kammer angehört, kann die Berufsaufsicht der Kammer unterliegen, die für den Hauptberuf (also z.B. dem des Rechtsan-

waltes) zuständig ist. Ein freischaffender, hauptberuflicher Mediator untersteht *keiner* staatlichen Aufsicht.

Die Berufsverbände

[575] Ein Berufsverband ist eine privatrechtliche Körperschaft, die sich die Vertretung und Förderung der Belange eines bestimmten Berufsstandes zum Ziel setzt⁵⁰⁸. Einige der Mediatorenvereinigungen haben die Funktionen eines Berufsverbandes übernommen. Andere sehen sich als Fachverbände. Daneben gibt es Fördervereine. Die Verbände sind (alphabetische Ordnung)⁵⁰⁹:

AG Mediation	Arbeitsgemeinschaft Mediation im Deutschen Anwaltverein (DAV) e. V.
BAFM	Bundesarbeitsgemeinschaft Familienmediation
BM	Bundesverband Mediation
BMWa	Bundesverband für Mediation in Wirtschafts- und Arbeitswelt
DACH	Mediation D-A-CH e. V.
DFFM	Deutsches Forum für Mediation
DGM	Deutsche Gesellschaft für Mediation
DGMW	Deutsche Gesellschaft für Mediation in der Wirtschaft e.V.
EUCON	Europäisches Institut für Conflict Management e.V.
FMÖB	Förderverein Mediation im öffentlichen Bereich e.V.
IM	Integrierte Mediation e.V.

⁵⁰⁸ Wikipedia (Begriff), Berufsverband, dl 29.8.2012

⁵⁰⁹ Fundstellen mit Links siehe <http://www.in-mediation.eu/mediation/beruf> abgelesen am 1.9.2012

[576] Die Vision, wie man sich das Berufsbild und die Zukunft der Mediation vorzustellen hat und welchen Einfluss dieses Berufsbild auf die Professionen nimmt, konzentriert sich auf die „Stärkung der Mediation im Verständnis eines alternativen Verfahrens der Streitbeilegung“. In dieser Gemengelage kollidiert das Interesse, die eigenen Pfründe zu sichern, mit dem Interesse der Kompetenzerweiterung. Das Eine erwartet die Ausgrenzung, das Andere die Einbeziehung. Es sind Lager auszumachen unter den Verbänden, Kammern und Institutionen. Innerhalb dieser Gruppierungen gibt es weitere Lagerbildungen. Eine gemeinsame Instanz gibt es nicht – obwohl es durchaus auch sinnvoll ist, darüber nachzudenken, ob es sie jemals geben sollte. Die ursprüngliche und am besten zur Mediation passende Idee, ein gemeinsames Forum zu errichten, in dem die Erfahrungen aller Anwendungsformen zusammengetragen werden, hat sich in dem Moment in ein Destruktionsmodell [76] aufgelöst, als sich eine Lobby herausgebildet hat. Wikipediation⁵¹⁰ ist ein neuer Anlauf, wenngleich auf einer virtuellen Ebene.

Das Wettbewerbsrecht

[577] Der freiberufliche Mediator muss für sein Unternehmen und seine Dienste Werbung betreiben. Diese findet ihre Grenzen im Wettbewerbsrecht und in der spezialgesetzlichen Normierung der jeweiligen Herkunftsberufe. So ist gem. § 43b BRAO dem Rechtsanwalt Werbung „nur erlaubt, soweit sie über die berufliche Tä-

⁵¹⁰ www.wikipediation.org

tigkeit in Form und Inhalt sachlich unterrichtet und nicht auf die Erteilung eines Auftrags im Einzelfall gerichtet ist. Ähnliche Einschränkungen finden sich z. B. in § 29 Abs. 1 BNotO für Notare. Sämtliche berufsrechtlichen Regelungen, welche die Werbung einschränken, müssen sich an der in Art. 12 GG geschützten Berufsfreiheit messen lassen.

[578] Weil die Berufsbezeichnung „Mediator“ in Deutschland nicht gesetzlich geschützt ist, darf jeder für diese Dienstleistung Werbung betreiben. Grenzen findet diese Werbung in § 5 UWG, wonach derjenige „unlauter handelt, wer eine irreführende geschäftliche Handlung vornimmt. Eine geschäftliche Handlung ist irreführend, wenn sie unwahre Angaben enthält oder sonstige zur Täuschung geeignete Angaben (...) enthält“, z. B. über die Person des Unternehmers, seiner Befähigung, Status, Zulassung, Mitgliedschaften. Im Zusammenhang mit § 5 Abs. 1 MediationsG wird durch § 5 UWG letztlich doch ein rechtlicher Schutz der Mediation bzw. der Berufsbezeichnung „Mediator“ erreicht, weil dort der Gesetzgeber die Anforderungen an den Mediator festschreibt. Nach § 5 Abs. 1 MediationsG hat ein Mediator sicherzustellen, dass er über ausreichende theoretische Kenntnisse und praktische Erfahrung verfügt. Dort ist auch festgelegt, welche Inhalte eine Ausbildung zum Mediator vermitteln muss. Lediglich für den zertifizierten Mediator ist vorgesehen, auch den Umfang der erforderlichen Ausbildung und Fortbildung genauer zu definieren. Allerdings bedeutet bereits jetzt die Regelung in § 5 Abs. 1 einen gewissen Schutz. **Wer sich zum Zwecke des Wettbewerbs ohne nähere Ausführungen als Mediator be-**

zeichnet, handelt irreführend und damit wettbewerbswidrig, wenn er keinerlei Ausbildung vorweisen kann. Wettbewerbswidriges Verhalten kann durch andere Mediatoren, aber auch durch die Wettbewerbszentrale oder anderer zu Abmahnungen berechtigter Verbände untersagt werden.

[579] Wettbewerbswidrig handelt auch, wer mit Selbstverständlichkeiten wirbt. Nach § 5 Abs. 1 ist Grundvoraussetzung für jeden Mediator, dass er über theoretische Kenntnisse sowie praktische Erfahrung verfügt, um eine fachkundige Mediation durchführen zu können. Diese Grundlage darf daher in der Werbung nicht in besonderer Weise herausgestellt werden. Es handelt sich um eine Selbstverständlichkeit, die als gegeben vorausgesetzt werden kann. Da es keine geregelte und standardisierte Ausbildung von Mediatoren gibt, ist es jedoch zulässig, in der Werbung anzugeben, welche Ausbildung genau durchlaufen wurde. Vergleichbar sind Rechtsanwälte, die ebenfalls berechtigt sind, ihre Universität zu benennen, obwohl ein juristisches Studium Voraussetzung für die Zulassung zur Anwaltschaft ist.

[580] Vor Erlass des MediationsG haben bereits etliche Verbände die Zertifizierung von Mediatoren für sich in Anspruch genommen⁵¹¹. Vor dem Hintergrund der jeweiligen verbandseigenen Anforderungen an Ausbildung und Qualifikation wurden Mediatoren, Ausbilder und Ausbildungen „zertifiziert“. Nach § 5 Abs. 3 MediationsG darf sich als zertifizierter Mediator nur noch bezeichnen, wer eine Ausbildung zum Mediator abgeschlossen hat,

⁵¹¹ Siehe auch den Bericht der Stiftung Warentest (145 Angebote)

die den Anforderungen der Rechtsverordnung nach § 6 MediationsG entspricht. Solange es diese Rechtsverordnung nicht gibt, kann niemand seriös behaupten, eine solche Ausbildung anzubieten oder abgeschlossen zu haben⁵¹². Wer sich dennoch „zertifizierter Mediator“ nennt, ist in erheblicher Gefahr, von Wettbewerbern kostenpflichtig abgemahnt zu werden. Diese Gefahr besteht immer dann, wenn durch die Werbung der irreführende Eindruck einer Zertifizierung nach § 5 Abs. 3 erweckt wird. Zwar wird man argumentieren können, dass viele derjenigen, die bereits jetzt über ein „Zertifikat“ nach den Standards eines bestimmten Verbandes verfügen, mit ihrer Ausbildung voraussichtlich auch den Anforderungen der Rechtsverordnung nach § 6 entsprechen werden. Dennoch besteht die Gefahr einer Irreführung, indem der Eindruck erweckt wird, den Anforderungen der Rechtsverordnung zu entsprechen, während andere (rechts-treue) Mediatoren erst nach Vorliegen der Rechtsverordnung mit der Erfüllung der Anforderungen Werbung treiben.

Der Markt

[581] Auch der Markt spiegelt das Phänomen. Wie bringt er etwas so Vielschichtiges und Vielseitiges unter, wie die Mediation und was hat das Recht damit zu tun? Gewollt oder nicht: **Das MediationsG nimmt Einfluss auf den Markt und zwar nicht nur auf den der Mediation,**

⁵¹² Zum Redaktionsschluss lag die RVO noch nicht vor. Auf www.in-mediation.eu oder www.win-management.de werden Sie über den Stand der Beschlussfassung und den Erlass unterrichtet werden.

sondern schwerpunktmäßig auch auf den der Ausbildung und indirekt auch auf den Markt rund um das Streitgeschehen insgesamt. Es wäre fatal, diese Auswirkungen nicht im Blick zu haben. Das Recht ist Ausdruck, Initiator und Rahmen für das mit der Mediation zur Verfügung gestellte Produkt, mithin das Dienstleistungsangebot. Es kann Marktzugänge erleichtern, ermöglichen oder auch erschweren und verhindern. Der Nachweis juristischer Einflussnahmen auf die Gestaltung von Angebot und Nachfrage darf deshalb in einem Werk wie *Mediation (un)geregelt* nicht fehlen.

[582] Es wäre sicherlich zu kurz gedacht, wenn die Auswirkungen der Mediation nur auf die Nachfrage nach dem Produkt Mediation, also dem Verfahren i.S.d. MediationsG beschränkt wird. Selbst die Justiz wird – gewollt oder nicht - zum Teilhaber des Marktes; wenigstens nimmt sie einen wesentlichen Einfluss auf den Markt rund um das Streiten. Um die ökonomischen Auswirkungen der Mediation korrekt einschätzen zu können und um zu entscheiden, was wie zu fördern ist, bedarf es einer komplexeren Untersuchung, die den Blick über den Tellerrand und über die Haushalte hinaus erlaubt. Die Evaluation des MediationsG, die in dessen § 8 fünf Jahre nach Inkrafttreten des Gesetzes vorgesehen ist, sollte sich also nicht nur darauf beschränken, welche Auswirkungen das Gesetz auf die Nachfrage nach Mediation bewirkt, sondern auch wie sich dadurch der Markt und das Marktverhalten insgesamt verändert. Hilfreich wäre ein Mengengerüst über mögliche Fallzahlen, die dazu notwendigen Dienstleister und die sich aus dem veränderten Konsum ergebenden Ausstrahlungen auch auf das

Nachfrageverhalten für die konventionellen Berufe. Es wäre für eine politische Planung zu kurz gedacht, die Evaluation lediglich auf die Nachfrageerfolge der Mediation zu beschränken, ohne die sich daraus ergebenden systemweiten Auswirkungen im Blick zu haben. Ein Beispiel mag die folgende Überlegung verdeutlichen: In einer Familiensache kann ein Rechtsanwalt aus einer Trennung ohne Weiteres 10 streitige Verfahren generieren. Für einen Mediator wäre es nur ein Fall, bei dem alle Probleme gelöst werden. In einer streitigen Familiensache sind 3 Juristen beteiligt. Ein Richter und 2 Rechtsanwälte. In der Mediation besteht eine Neigung dazu, die Zahl der Rechtsanwälte zu reduzieren. „Wozu brauchen wir einen Rechtsanwalt?“, fragen die Medianden, „Wir sind uns doch einig“. „Ihr braucht keinen Anwalt, wenn Ihr mich als Anwaltsmediator nachfragt“, werben Rechtsanwälte. Wie werden die Berufe sich auf solche Veränderungen einstellen? Wie sollen sie sich einstellen? Wie sollte ein Mediator die Situation einschätzen? Nur eine Analyse, die auch die mittelbaren Auswirkungen der Mediation und ihre Ausstrahlungseffekte beachtet, ist in der Lage, Erwartungen zu korrigieren und eine valide politische Planung zu ermöglichen, die auch über den Tellerrand zu schauen vermag.

✍ Makroökonomische Analyse in Erweiterung zu § 8

Der Mediationsmarkt

[583] Auch für die ökonomische Ausnutzung wirkt sich die Unterscheidung nach dem zuvor ermittelten Mediationsradius [58] bereichernd aus. Die Verwertung mediativer Kompetenzen (materielle Mediation [60]) erlaubt

Sachbearbeitern und Beratern beispielsweise ein anderes Umgehen mit Problemen. Die mediative Kompetenz mag als ein Alleinstellungsmerkmal (USP) vermarktet und zu einem Leistungsmerkmal des Anbieters stilisiert werden. Ein Gutachter, der diese Kompetenz beherrscht, wäre in der Lage, sogenannte lösungsorientierte Gutachten anzubieten. Auch das Dienstleistungsspektrum erweitert sich. Die Mediation kennt einen Sekundärmarkt, bei dem die Beratung in, zur oder über Mediation, deren Begutachtung sowie die Begutachtung in der Mediation, die Supervision und die Beistandschaft innerhalb der Mediation im Vordergrund stehen. Wenn im Folgenden von *dem Mediationsmarkt* die Rede ist, soll der primäre Markt, also das Angebot und die Nachfrage nach der Mediation als ein eigenständiges Dienstleistungsprodukt angesprochen sein.

[584] Bei den Versuchen, den Mediationsmarkt zu lokalisieren, kommt bald die Frage auf, ob die Mediation überhaupt einen *eigenen* Markt besitzt. Sie mündet in die Frage, ob sie den auch jemals besitzen wird. Aktuell gibt es nicht einmal einen gemeinsamen Markt. **Treffender wäre es, von im Wettbewerb stehenden Teilmärkten zu sprechen.** Sie könnten sich zu einem gemeinsamen Markt zusammenschließen. Dazu müsste aber die Eigenständigkeit, die Unabhängigkeit vom Ursprungsberuf und die Inter- bzw. Transdisziplinarität der Mediation besser herausgestellt werden.

☞ Forum ermöglichen

[585] Der Trend geht in die andere Richtung. Die zu beobachtenden Diversifikationen und die zunehmende

Spezialisierung tragen dazu bei. Viele Mediatoren aus dem psychologischen Berufsfeld beispielsweise fühlen sich durch die juristische Einmischung abgekoppelt. Statt sich um den Markt zu bemühen, ziehen sie sich auf die psychologische Beratung, das Coaching und die Supervision zurück⁵¹³. Ein psychologischer Mediator wird kaum einen hoch-juristischen Kommentar über die Mediation lesen wollen und können. So wenig, wie sich ein juristischer Mediator kaum mit der psychologischen Literatur auseinandersetzt, um sein Hintergrundwissen zu erweitern. Das ist einer der Gründe, warum „*Mediation (un)gerecht*“ transdisziplinär angelegt ist, wo die Stimmen anderer Professionen, ebenso wie deren Expertenwissen zu Wort kommen. Weil die Mediation sich nicht ausschließlich an einen eigenständigen Beruf ankoppeln kann, wird sie von bereits bestehenden Berufen annektiert. Daraus ergeben sich nicht nur Auswirkungen auf das Dienstleistungsangebot. Auch der Markt wird beeinflusst. Die Mediatoren neigen dazu, sich über ihre Profession abzugrenzen. Ein Anwaltsmediator spricht den Mediatoren die Fähigkeit ab, eine juristisch gestützte Verhandlung zu führen, ein psychologischer Mediator spricht den Mediatoren anderer Ursprungsberufe die Fähigkeit ab, etwa einen Paarkonflikt ansprechen zu können. Die Konsumenten lernen, dass die Mediation durch einen Psychologen anders ist als die durch einen Juristen. Wenn sie den Schwerpunkt der zu klärenden Fragen eher im zwischenmenschlichen Bereich ansiedeln, dann neigen sie dazu, einen Mediator mit psychologischem

⁵¹³ Quelle nicht repräsentative Gespräche des Herausgebers mit Mediatoren aus diversen Ursprungsberufen.

Hintergrund zu wählen. Sehen sie den Schwerpunkt in Rechtsfragen, dann suchen sie einen Mediator mit juristischem Hintergrund⁵¹⁴. **Dieses Nachfrageverhalten beweist, dass die Mediation noch allzu sehr mit konventionellen Berufsbildern verknüpft ist ohne als ein trans- oder interdisziplinäres Verfahren wahrgenommen zu werden.**

[586] Auch die Berufe selbst begegnen der Mediation mit Skepsis. *Ponschab* führt aus, dass viele Anwälte die Mediation am liebsten ignorieren und so weiter machen wie bisher. Sie befürchten, dass die Mediation zu Mandatsverlusten und Umsatzeinbußen führt⁵¹⁵. Man tröstet sich mit dem Gedanken, die Mediation verschaffe eine bessere Kundenbindung und gegebenenfalls Verdienstvorteile. Die Befürchtung ist nicht unbegründet. Ein Familienanwalt beispielsweise kann aus einer Trennung ohne weiteres mehrere Gerichtsverfahren und einige Folgesachen generieren, indem er jede anstehende Rechtsfrage zu einer einzelnen Schlacht ausweitet. Die Mediation würde nicht die Schlachten, sondern den Krieg bewältigen, indem sie den zusammenfassenden Konflikt in den Fokus nimmt. Viele mögliche Gerichtsverhandlungen werden jetzt zu einer einzigen Mediation zusammengefasst und gelöst. **Folgesachen dürfte es nach einer erfolgrei-**

⁵¹⁴ Nicht repräsentative Beobachtungen und Gespräche des Herausgebers

⁵¹⁵ Chancen und Risiken der Mediation für Rechtsanwälte, Dr. Reiner *Ponschab*, Robert *Seufert* M.M., Rechtsanwälte und Mediatoren - Beitrag vom 11.10.2007, Deubner Recht und Praxis, <http://www.deubner-recht.de/aktuelles/baurecht/Chancen-und-Risiken-der-Mediation-fuer-Rechtsanwaelte-3290643.html> abgelesen am 27.9.2012

chen Mediation keine mehr geben. Für den Konsumenten ist das ein Vorteil, ebenso für die Justiz, für den Anbieter nicht unbedingt. Bei steigendem Umsatzdruck ist zu erwarten, dass die Anbieter entweder auf diejenigen Verfahren und Strategien zurückgreifen, die den größeren Umsatz einbringen oder die Mediation so gestalten, dass die Umsatzerwartungen anstatt über die ursprüngliche Dienstleistung jetzt eben über die Mediation erzielt werden.

[587] Es mag sein, dass der einzelne Anwalt mit der Mediation seinen persönlichen Umsatz steigern kann. Ob die Rechnung auch für die Anwaltschaft als Berufsgruppe aufgeht, muss sich erst noch erweisen. Es liegt auf der Hand, dass die Mediation eher weniger Juristen involviert als der gerichtliche Streit.

[588] Bei dem Versuch, Märkte zu erobern oder zu retten ist sich jeder selbst der Nächste. § 2 Abs. 3 Ziff. 4 RDG sichert die Rechtsberatung [262]ff. in der Mediation den Rechtsanwälten. Der Marktvorteil verwandelt sich zum Kannibalismus. Anwälte werben: "Führt ein Anwaltsmediator die Mediation durch, muss nicht noch zusätzlich für die Abfassung und den Abschluss der Mediationsvereinbarung ein Rechtsanwalt gefunden und beauftragt werden, sondern der Anwaltsmediator fertigt gleichsam nahtlos im Anschluss an das Mediationsverfahren die für die Parteien verbindliche Mediationsvereinbarung"⁵¹⁶. Abgesehen davon, dass diese Werbung die Mediation

⁵¹⁶ Das ist ein nur beispielhaft herausgegriffener Werbetext einer willkürlich im Internet gefundenen Anwaltswebpage. Dl: 6.3.2013

falsch darstellt und verschweigt, dass die Einigung vor dem Anwaltsmediator nicht vollstreckbar sein kann und dass sie ohne parteiliche Beratung zustande kommt. Auch aus berufsständischer Sicht erscheint es sinnvoll, die beratenden Dienstleistungen generell von der Mediation abzukoppeln.

☞ **Beratungsverbot auch für Anwaltsmediatoren**

[589] Der zunehmende Wettbewerb ergibt eine zunehmende Diversifikation. Sie entsteht aus dem Interesse, neue Märkte zu finden und sich von Mitbewerbern besser abgrenzen zu können. Die Folge sind weitere Spezialisierungen. Die dadurch bedingte Vielfalt erhöht die Undurchsichtigkeit des Marktes. Restriktionen werden zu nehmen.

☞ **Bessere Aufklärung und Systematisierung**

Die Ausgangslage

[590] Bereits im Zeitpunkt, als das MediationsG in Kraft getreten war, hatte die Mediation als Verfahren der Konfliktbeilegung in der deutschen Bevölkerung einen Bekanntheitsgrad von 65%. Der Bekanntheitsgrad war besonders im Zeitraum von 2010 bis 2011 stark angestiegen. In mittleren und höheren Bildungsschichten lag er bereits vor 2011 bei deutlich über 50%. In den einfachen Bildungsschichten ist der Bekanntheitsgrad im genannten Zeitraum überproportional angestiegen⁵¹⁷. Die Zahl der nachgefragten Mediationen und der Mediatoren ist statistisch nicht erfasst. Fest steht jedoch, dass das Ange-

⁵¹⁷ Roland Rechtsreport 2011, Seite 9

bot und die Nachfrage weit auseinanderfallen. Losgelöst von der Frage, wie groß das Angebot eingeschätzt wird [561], genügt die Zahl der nachgefragten Fälle nicht zu seiner Deckung. Eine nicht repräsentative Studie im Auftrag der EU hat ergeben, dass weniger als 1% der Fälle zur Mediation gegeben werden⁵¹⁸. Die Regierung hält ein Fallaufkommen von 15.000 Fällen pro Jahr für möglich. Diese Schätzung jedenfalls ergibt sich aus der Begründung zur ZMediatAusbV⁵¹⁹. Erstaunlich, dass einzelne Stimmen sogar diese Vorgabe für unerreichbar halten⁵²⁰. Die Verbände jedenfalls melden einen Anstieg sowohl bei der Nachfrage nach Ausbildung wie bei der Nachfrage nach Mediationen.

Die Nachfrage

[591] Auch wenn der Bekanntheitsgrad der Mediation wächst, entspricht die Nachfrage noch lange nicht dem Angebot. In Österreich, wo es das MediationsG schon seit dem Jahre 2003 gibt⁵²¹, belegt eine Umfrage, dass 71% der Mediatoren noch nie einen Mediationsfall betreut haben⁵²². In Belgien sind es 40%⁵²³. In Deutschland gibt es noch keine Statistik. Das Ergebnis wird jedoch nicht anders sein. Das Mediationsangebot ist inzwischen durchaus auch für den Laien erkennbar. Allerdings be-

⁵¹⁸ EU Union (Rebooting), siehe auch <http://www.in-mediation.eu/eu-umfrage> und <http://www.in-mediation.eu/eu-mediation-paradox>

⁵¹⁹ VO-Entwurf S. 13

⁵²⁰ siehe Ponschab <http://disputeresolution-magazine.de/stolpersteine-aus-dem-weg-raeumen/>

⁵²¹ Zivilrechts-Mediations-Gesetz – ZivMediatG, BGBl. I Nr. 29/2003

⁵²² Henssler (Mediationsgesetz)

⁵²³ Kuyper (2013)

gründet die Erkennbarkeit des Angebots alleine noch keine Nachfrage. Rechtssoziologische Untersuchungen versuchen das Prozessverhalten der Parteien zu erklären. Ein zentraler Erklärungsansatz ist das bewusste Abwägen der Vor- und Nachteile der erwarteten Handlungsfolgen im Hinblick auf den Prozessausgang⁵²⁴. **Mithin bestimmt die Konfliktstrategie die Nachfrage.** Die Kalkulierbarkeit des Rechts ist ihr wesentlicher Faktor. Je größer das Risiko Justiz eingeschätzt wird, desto besser sind die Chancen für Alternativen. Die mangelnde Kalkulierbarkeit der Mediation wird mit einer noch schlechter kalkulierbaren Justiz aufgewogen. Dabei kommt es für die Abwägung weniger auf die Qualität der Justiz an, als auf ihre Planbarkeit. Wenn eine Partei einplanen kann, dass ein Gericht etwa drei Jahre benötigt, um zu einer Entscheidung zu kommen, dann ist das wenigstens für den Beklagten eine kalkulierbare Größe, die für ihn durchaus auch zu einem Argument *gegen* die Mediation werden kann. Solange die Mediation als eine Alternative zum Gerichtsverfahren beschrieben wird, muss sie es sich gefallen lassen, wenn sie am Gerichtsverfahren gemessen und im Vergleich zur Gerichtsnachfrage definiert wird. Im Bewusstsein der Nachfrage wird die Mediation allerdings in diesem Licht weniger als ein originäres Produkt als ein Ausweichmodell für Gerichtsverfahren manifestiert.

[592] **Die Mediation verdient es, als eine *eigenständige Dienstleistung unabhängig vom Gerichtsverfahren* (und nicht lediglich als dessen Alternative) wahrge-**

⁵²⁴ Riehl, a.a.O. S. 28

nommen zu werden. Nicht die Schwächen der Justiz sollten der Anreiz für die Nachfrage sein, sondern die Erkenntnis, dass es sich um ein Verfahren handelt, das unabhängig von der Bewertung von Rechtsfragen in der Lage ist, nutzbringende Lösungen in komplexen und aussichtslos erscheinenden Situationen herbeizuführen. *Lambrette* und *Herrmann* zitieren in einer Studie⁵²⁵ einen anonymen Mediator: „Der Erfolg des Mediators hängt vom Verkauf dieser Dienstleistung ab, und ob es ihm gelingt, das, was er verkauft, auch mit Leben zu erfüllen.“ Wie wäre es zu sagen: "Der Erfolg des Mediators hängt von seiner Kompetenz ab, Verstehen zu vermitteln. Der Verkauf der Dienstleistung ist die Folge daraus."

✍ Mediation als eigenständige Dienstleistung etablieren

Der Bedarf

[593] Um die originäre Nachfrage nach Mediation zu steigern, benötigt der Konsument ein Bewusstsein über das, was er *braucht*, um sein Problem zu lösen. Es ist bereits fraglich, ob er selbst diesen Bedarf erkennen kann. Noch ungewisser ist es, ob er erkennt, warum und wie die Mediation in der Lage ist, diesen Bedarf zu decken. Der Bedarf für eine anwaltliche Dienstleistung ist für den Laien recht gut erkennbar. Der Anwalt kennt das Recht und er weiß, wie dies vor Gericht zu vertreten ist. Das sind Kenntnisse, die der Laie nicht besitzt. Er will sie sich durch Nachfrage der Rechtsdienstleistung verschaffen. Was er zusätzlich erwirbt, ist vermeintliche Stärke und Macht. Welchen Bedarf deckt nun die Mediation? Das ist

⁵²⁵ *Lambrette* (Studie) S. 2

dem Konfliktbetroffenen nicht ohne weiteres erkennbar. Die Kommunikation, so denkt er, sei eine Kompetenz, die er ohnehin besitze. Warum sollte er sie also nachfragen? Bleibt die Kompetenz, durch eine Mediation „führen“ zu können. Um dieses Fachwissen überhaupt in Anspruch nehmen zu wollen, muss er wissen, wozu die Mediation in der Lage ist und was diese *Führung* genau bewirkt [711]. Er muss verstehen, dass die mit der Mediation realisierte *Suche* notwendig ist und warum sie den zur Konfliktlösung führenden Schritt darstellt⁵²⁶. Um das wiederum zu verstehen, muss er die Relativität von Werten und Bewertungen (wie z.B. die Gerechtigkeit) sowie die Möglichkeiten und Grenzen seiner Wahrnehmung und Kommunikation (er-)kennen. Er sollte die Grenzen des Denkens erfassen, um erwägen zu können, was die Mediation zu leisten vermag. Er sollte sich auch über folgendes Leistungsmerkmal der Mediation im Klaren sein, denn **die Mediation ist das einzige Verfahren, das mit der Komplexität umzugehen vermag⁵²⁷ und das alle Aspekte der Lösungsfindung berücksichtigt**. Diese meist übersehene Kompetenz⁵²⁸ sollte bereits ein ausreichender Grund sein, die Mediation nachzufragen. Stattdessen wird die Mediation als eine bessere Alternative zum Gerichtsverfahren angepriesen und auf diesen Verfahrensaspekt bezogen. Statt ihre weitergehenden kognitionspsychologischen Fähigkeiten zu exponieren, verlei-

⁵²⁶ Die Problematik der Nachfrage ist hier nur verkürzt dargestellt. Ausführlicher in *Trossen* (Mediation professionell)

⁵²⁷ *Trossen* (präzises Zuhören)

⁵²⁸ Dieser Aspekt der Mediation wird von der Integrierten Mediation betont, welche die Mediation als einen Kognitionsprozess versteht.

tet sie den Betroffenen zu der Abwägung, inwieweit die Erreichbarkeit des vorzustellenden Ergebnisses hinter seiner Durchsetzbarkeit zurückliegt. Fragt der Betroffene dann, welches nun die angeblich bessere Lösung sei, lautet die korrekte Antwort des Mediators: „Die kenne ich nicht, die müssen Sie ja selbst erarbeiten“. Eine solche Antwort klingt nicht sehr überzeugend in den Ohren eines potenziellen, auf das Ergebnis fixierten Kunden. Sie erläutert jedoch das Phänomen, warum sich die Mediation besser aus laufenden Prozessen und über Multiplikatoren [604] empfehlen lässt⁵²⁹. Auch die Forschung belegt, dass die Streitparteien im Gerichtsverfahren erst *nach* Anhängigkeit der Klage kostenbewusster agieren. Der Grund: Im Verlauf des Prozesses lernt die Partei die Reaktion der Gegenseite besser einzuschätzen⁵³⁰. Der Betroffene wird sich wenig Gedanken machen wollen, welche Konfliktlösungsverfahren es gibt. Für ihn ist entscheidend, ob das mit dem Verfahren beschriebene Vorgehen in seine Konfliktstrategie passt oder nicht. Um dieser Frage nachzugehen, muss er wissen, wie mit Konflikten umzugehen ist. Er muss spüren, dass die Kooperation nicht als das Eingeständnis einer Argumentationsschwäche oder als mangelnde Durchsetzbarkeit verstanden wird. Auch muss er erkennen, warum das allseitige Verstehen eingeschränkt ist und wie es mit der Hilfe eines Dritten wieder ermöglicht werden kann. Mithin ist ein Vorwissen erforderlich, das sich ebenso an einer Kultur

⁵²⁹ Hierzu hat die IM einige Konzepte entwickelt. Sie orientieren sich am strategischen Denken der Parteien. Hintergründe sind in *Trossen (Alternative)* angesprochen.

⁵³⁰ Riehl

ausrichtet, wie an einem gewissen Bildungs- und Wissensniveau, um den Bedarf überhaupt erkennen zu können.

[594] Letzten Endes geht es um den Verbraucher. Die Stellungnahme des Bundesrates⁵³¹ erwähnt das Spannungsverhältnis zwischen den Interessen der Verbraucher an Markttransparenz und dem Bedürfnis nach Weiterentwicklung der Mediation. Es ist allerdings fraglich, ob die Einführung des zertifizierten Mediators die gewünschte Transparenz herbeiführen wird. Fraglich ist auch, ob der Verbraucher dieser Art Schutz überhaupt bedarf. Die Zielgruppe der Mediationskonsumenten sind die autonomen Bürger. Die Möglichkeit der Mediation, eigenverantwortlich eine Lösung herbeizuführen, wird besonders herausgestellt. Gleichzeitig traut man es dem Bürger nicht zu, die zu ihm passende Hilfeleistung zu finden. Statt ihm die Kriterien vorzustellen, um die geeignete Hilfe zu finden, wird ihm ein Vertrauensschutz suggeriert, den der Titel "zertifizierter Mediator" nicht hergeben kann. Wenigstens nicht, wenn man davon ausgeht, dass ein Mediator alle Arten (Modelle), Formen und Stile der Mediation beherrschen sollte⁵³².

[595] Die Aufbereitung des Mediationsrechts hat gezeigt, dass es eine zunehmende Diversifikation geben wird. Dies ist das Gegenteil von dem, was das Gesetz erreichen wollte. Dort wurde noch gesagt, das Gesetz solle eine Rechtszersplitterung vermeiden⁵³³. Das Gesetz begünstigt

⁵³¹ BR-Drucks. 60/11 (Beschluss), Seite 5

⁵³² *Trossen*(Qualitätsdiskussion)

⁵³³ Begründung, S. 16

tigt eine Rechtszersplitterung jedoch bereits über das den Rechtsanwälten eingeräumte Beratungsprivileg. Es legt Abgrenzungen nahe, indem neue Formen und Etiketten eingeführt werden.

✍ Einbeziehung statt Ausgrenzung

[596] Vor diesem Hintergrund nimmt die Komplexität in der Verfahrenslandschaft eher zu als ab. Der Konsument muss lernen, Nuancen zu unterscheiden⁵³⁴. Die Einführung des Güterichters ist das beste Beispiel dafür. Umgekehrt muss er mit Pauschalierungen zurechtkommen, wo ihm die Mediation undifferenziert als Wunderwaffe präsentiert wird. Die Nachfrage wird komplizierter, nicht einfacher. Der Verbraucherschutz verwirklicht sich nicht in der ständigen Einführung neuer Produkte und Regeln, auch nicht in der Umbenennung von Dienstleistungsangeboten. Verbraucherschutz bedeutet Klarheit und Verlässlichkeit. Klarheit erlaubt ihm die richtige Entscheidung und Auswahl zu treffen. Verlässlichkeit bedeutet die Einhaltung von Werten.

[597] Wenn Werte eine verlässliche Größe sein sollen, dann müssen sich besonders die, die sie festlegen, daran gebunden fühlen. Hier mag § 1 Abs. 3 BORA als Beispiel genannt sein. Statt auf die Einhaltung des in der eigenen Berufsordnung festgelegten, deeskalierenden Verhaltens des Anwalts zu achten, wird ein neues Produkt angeboten. Es werden falsche Mythen⁵³⁵ propagiert, so dass der Eindruck entsteht, vor Gericht dürfe man täuschen und lügen vor der Mediation nicht. Das Gericht sei das kon-

⁵³⁴ Siehe den Vorschlag: *Peters* (Selection)

⁵³⁵ Wikipediatiion(Falsche Mythen) dl: 23.8.2014

frontative Eskalationsverfahren, die Mediation sei es nicht. Diese Strategie verbessert nicht die vorhandenen Dienstleistungsressourcen. Bei ausgebildeten Anwaltsmediatoren ist (hoffentlich nur vereinzelt) zu beobachten, wie eskalativ sie mit streitigen Verfahren umgehen. Ihr Verhalten mag aus der Vorgabe abgeleitet werden, dass mediatives Denken und Verhalten lediglich an ein *Verfahren* gekoppelt sei und nur dort vorkommen könne. Auf der anderen Seite ist zu beobachten, dass viele in Mediation ausgebildete Anwälte und Richter beginnen, ihr Wissen in die konventionelle Streitbeilegung zu integrieren. Es bleibt zu hoffen, dass sich *daraus* ein Trend entwickelt⁵³⁶. Voraussetzung ist, dass die Deeskalationskompetenz des Anbieters als solche erkennbar wird ohne an ein Verfahren gebunden zu sein. Der Verbraucher mag glauben, dass der von ihm aufgesuchte Anwalt wegen des Hinweises auf seine Mediatorenausbildung im Briefkopf zur Deeskalation in der Lage sei. Er wird kaum annehmen, dass der Anbieter seine Mediationskompetenz lediglich in einem Verfahren bereitstellen kann oder will.

[598] Mit dem Blick auf die nur im Profil des Dienstleisters zum Ausdruck kommende Kompetenz und seine Vorgehensweise findet der Verbraucher Kriterien, die ihm helfen, den passenden Dienstleister zu finden. Die Ausbildung in Mediation ist zugleich eine Ausbildung in sozialer Kompetenz. Sie sollte allenthalben sichtbar werden, um die Wertigkeit der Mediation erfahrbar zu machen. Um dies zu erreichen, sollten die Verbände und In-

⁵³⁶ Wie das möglich ist, beschreibt die integrierte Mediation. Siehe Wikipediation (Integrierte Mediation - Konzept)

stitutionen sich an die eigenen Werte gebunden fühlen. Die Politiker könnten zeigen, dass politische Debatten auch eine andere Funktion haben, als den Gegner vorzuführen⁵³⁷. Wir könnten uns darauf besinnen, dass wir in einem Rechtsstaat mit Werten leben und nicht in einem Zweckstaat mit Profiten, dass Menschlichkeit ein Wert ist, der wichtiger ist als Funktionalität und Effizienz. Ein wirksamer Verbraucherschutz im Sinne der Mediation stärkt die Autonomie, die Selbstkontrolle und die Achtsamkeit. Alles andere bewirkt nicht mehr als den Schutz einzelner Kräfte im Markt.

Das Angebot

[599] Um eine Nachfrage zu generieren, bedarf es eines auf den *Bedarf* abstellenden Angebotes. Worauf soll der Anbieter achten, wenn er eine Mediation anbieten will? Soll er die Lösung, also den Ausgang des Prozesses herausstellen, oder ist es für den Betroffenen besser verständlich, wenn er den deeskalierenden Weg zur Konfliktlösung, also den Prozess an und für sich als wichtigstes Kriterium für das Angebot einer Mediation vorstellt? Wenn der Mediator die Lösung herausstellt, muss er sich nicht wundern, dass er die Medianden mit dem Hinweis verunsichert, dass der Mediator noch gar nicht an eine Lösung denkt und auch nicht daran zu denken vermag. **Anders als im Gerichtsverfahren lässt sich das Ergebnis der Mediation nicht vorhersagen.** Mithin ist auch der unterstellte, höhere Ergebnisnutzen der Mediation für den Konsumenten nur als vage Möglichkeit vor-

⁵³⁷ Hoppmann (Parlamentarische Debatte)

zustellen. Aus der Sicht der Partei und auf das Ergebnis bezogen erscheint die Mediation weder präjudizierbar noch verlässlich zu sein. Der Gedanke spielt nicht nur bei der Auftragsvergabe eine Rolle, sondern auch bei der Frage, warum dem Gerichtsverfahren gegebenenfalls dennoch gegenüber der Mediation ein Vorzug einzuräumen ist [1084][1084]. Am leichtesten wird dem Betroffenen der Nutzen einer Mediation erkennbar, wenn die sozialen Kosten herausgestellt und kalkuliert werden, wo also der Erhalt von Beziehung im Vordergrund steht. In sogenannten anonymen Beziehungen ergibt sich der Nutzen oft nur aus dem Vergleich der Prozesskosten.

[600] Es ist nicht leicht, ein erklärungsbedürftiges Low Interest Product an den Kunden zu bringen. Ebenso markant wie herausfordernd wirkt der Umstand, dass die Mediation von der Anbieterseite, nicht von der Nachfrageseite aus entwickelt wird. Die Anbieter müssen sich mit dem Dilemma auseinandersetzen, dass sie die Steigerung der Konfliktkompetenz des Konsumenten einerseits zu wünschen haben, damit der Kunde in der Lage ist, seinen Bedarf zu erkennen. Andererseits weiß der Anbieter, dass jede Kompetenzsteigerung auf der Kundenseite die Nachfrage gefährdet. Sie versetzt ihn in die Lage, viele Konflikte selbst zu lösen. So gesehen legen es die Anbieterinteressen nahe, Konflikte als für die Entwicklung notwendige Krisen zu sozialisieren. Für sie ist eine verbesserte Streitkultur nur dann wirklich besser, wenn sie gleichbedeutend mit einem gesteigerten Aufkommen von Konflikten verstanden wird, für deren Lösung der Konsument einer professionellen Hilfe bedarf.

[601] **Eines der größten Probleme ist die mangelnde Differenzierung des Mediationsangebotes, das mit einer gleichzeitigen Diversifizierung einhergeht.** In dem Bemühen, ein Angebot zu platzieren, werden bereits Verhandlungen als Mediation bezeichnet, deren Niveau auf der Ebene eines Sondierungsgesprächs [110] liegt, das aus handwerklicher Sicht sicherlich keiner Mediation bedarf. Der Gesetzgeber hat diesen Trend begünstigt, indem er den Begriff der Streitbeilegung in den der Konfliktbeilegung umgewandelt hat [662]. Die Mediation wird somit bereits auf den ersten drei Stufen der *Glasl'*schen Konflikteskalation⁵³⁸ für anwendbar erklärt.

[602] Stets ist von „der Mediation“ die Rede, ohne dass deren jeweiliger Wirkungsgrad benannt wird. Auf der Angebotsseite erlaubt die mangelnde Unterscheidung dem Mediator *die Mediation* abzulehnen oder zum Scheitern zu bringen, obwohl er nur eine *facilitative* Mediation beherrscht und von den tiefer gehenden Möglichkeiten der *transformativen* Mediation gar nichts weiß. Dann ist es nachvollziehbar, wenn eine gescheiterte telefonische Shuttle Mediation dem Kunden auf der Nachfrageseite ausreichende Gründe liefert, die nachfolgende, leistungsfähigere *transformativ* Mediation [94] abzulehnen, weil er von deren Möglichkeit gar nichts weiß. Woher soll er wissen, welche alternativen Möglichkeiten die Mediation bietet? Es ist deshalb nicht nur unlauter, sondern auch ein Mediationsfehler, wenn der Mediator diese Kompetenz verschweigt und es versäumt, auf die unterschiedli-

⁵³⁸ Siehe die zu den Eskalationsstufen passende Strategiemodelle auf Wikipedia (Begriff), Konflikteskalation_nach_Friedrich_Glasl dl 26.3.2013

chen Mediationsmodelle [81] bei der Vereinbarung über die Mediation hinzuweisen.

✎ Differenzierung nach Wirkungsgraden

[603] Dann ist es verständlich, wenn Mediatoren aus Un- erfahrenheit darüber streiten, was nicht als Mediation zu bezeichnen sei und was die Kollegen alles falsch machten. Solange sich das nicht ändert, bleibt die Nachfrage lediglich auf den Zufall angewiesen, dass der Kunde an einen Mediator gerät, der das zum Konflikt des Konsumenten passende Verfahren beherrscht.

[604] **Rechtsanwälte sind für den Konsumenten oft die erste Anlaufstelle, wenn es um eine Konfliktlösung geht.** Mediatoren meinen deshalb, der Gesetzgeber solle die Parteien verpflichten, *zuerst* zum Mediator zu gehen, bevor sie zum Anwalt kommen⁵³⁹. Es erscheint fraglich, ob die Umkehr eines triadischen Verfahrens in die dyadische Instanz ein Umdenken ermöglichen kann [64]. Wenn der Betroffene zuerst zum Mediator geht anstatt zum Rechtsanwalt, wird er dem gleichen Problem – nur mit anderen Vorzeichen – ausgesetzt sein wie beim Anwalt. „Wer gelernt hat mit dem Hammer umzugehen, für den ist jedes Problem ein Nagel“⁵⁴⁰, sagte *Maslow*. Der Mediator wird Konflikte vorfinden. Der Anwalt sieht die Rechtsprobleme. Der Bock ist der Gärtner.

[605] Der Gedanke, den Betroffenen zunächst zu einem Prozessmanager zu schicken, ist bei der Vielfalt der mög-

⁵³⁹ So z.B, die Aufforderung des DGM Mediatorentages im Herbst 2012, deren Titel lautete: „talk first“

⁵⁴⁰ Abraham Harold Maslow, 1908- 1970, amerikanischer Psychologe

lichen Verfahren sicherlich ein guter Ansatz. Jetzt stellt sich für den Konsumenten das Problem, auf einen Verfahrensberater zu treffen, der nicht nur *alle* Verfahren und Optionen kennt, sondern darüber hinaus selbst keinerlei Interesse an dem einen oder anderen Verfahren hat. Solange es keine *neutrale* Meta-Instanz gibt, die diese Beratung altruistisch durchführen kann, bleibt die Beratung zur Verfahrenswahl der individuellen Kompetenz und der Berufsethik des jeweiligen Dienstleisters überlassen. Dennoch mag sich die Erkenntnis, dass es eines Prozessmanagers bedarf, der den Konsumenten zu dem bestmöglichen Verfahren verhilft, in dem Ansatz des Gesetzgebers wiederfinden, der allerdings nicht kunden-, sondern professionsorientiert ist. Er berücksichtigt, wie schwierig es ist, die Mediation zu vermitteln. Weil und solange die Mediation erklärungsintensiv ist, gibt es Strategien, den Kunden über Multiplikatoren zu erreichen. Als solche kommen die Rechtsanwälte in Betracht. Die Idee des Gesetzgebers, dass „die Rechtsanwälte sich vor und während eines gerichtlichen Verfahrens deutlicher mit der Frage auseinandersetzen müssen, ob sie den Rechtsstreit nicht einvernehmlich lösen können“⁵⁴¹, ist sicherlich ein Ansatz. Problematisch ist lediglich, dass die Anwaltschaft kaum ein Interesse haben dürfte, ein Verfahren aus der Hand zu geben. Deren naheliegende Strategie besteht darin, den angestammten Markt zu sichern und Konkurrenten zu verdrängen. Es ist deshalb nicht verwunderlich, dass seit dem Inkrafttreten des MediationsG die Mediationsausbildung der Anwälte boomt. Viele

⁵⁴¹ Justizministerin: *Leutheusser-Schnarrenberger* lobt Mediationsgesetz - Handelsblatt a.a.O. 12.09.12

Anwälte erwerben Mediatoren-Titel nur, damit sie die Anlaufstelle für Klienten bleiben, ohne eine Mediation wirklich anbieten zu wollen.

[606] Über das Bemühen, Märkte zu sichern, ist die **gerichtsinterne Mediation** auf der Strecke geblieben. Sie hatte eine Vorbildfunktion und war sowohl Wegbereiter wie Multiplikator. So gesehen ist es zu begrüßen, dass der Gesetzgeber die gerichtsinterne Mediation - wenn auch unter anderem Etikett - nicht gänzlich abgeschafft hat [1157]. Sie kann dem Klienten erste Berührungspunkte und Erfahrungen mit der Mediation vermitteln. Andererseits geriert sich die Justiz mit diesem Angebot – gewollt oder nicht - zum Mitbewerber [1026]. Allein die Justiz in Schleswig-Holstein rühmt sich damit, im Jahr mehr als 1000 Mediationen durchzuführen, wovon 750 dieser Verfahren erfolgreich beendet werden⁵⁴². Lediglich die *gerichtsintegrierte* Mediation wäre in der Lage, die positiven Erfahrungen des Mediiereus zu vermitteln, ohne dass die Justiz dabei zum Wettbewerber wird [1034].

[607] Welche Auswirkungen das Wissen um die Mediation innerhalb der zur Multiplikation vorgesehenen Professionen auslöst, zeigte sich bei der Einführung der Mediation im Gericht. Als man merkte, dass es nicht genügt, die Richter von der Mediation als dem "besseren" Produkt zu informieren und als man sie weiter in Mediation ausbildete, damit sie mehr Fälle in die Mediation verweisen

⁵⁴² Mediation beim Güterichter - die andere Konfliktlösung,
<http://www.schleswig-holstein.de/Justiz/DE/Service/Mediation/mediation.html> abgelesen am 30.4.2013

konnten, haben die Richter das Wissen nicht zu dem beabsichtigten Zweck eingesetzt. Sie benutzten es, um die Mediation selbst anzubieten. Ähnliches geschieht bei anderen Berufsgruppen. Die Mediationsausbildung vermittelt das *Gefühl* eines gelingenden Umgangs mit Menschen. Der Anfänger hat den Eindruck, die Welt zu begreifen. Statt die Mediation an andere zu vermitteln, drängt es ihn, sie selbst anzuwenden. Die Mediation steht somit vor dem weiteren Dilemma, dass es einerseits erforderlich ist, mehr Ausbildung anzubieten, dass sie andererseits aber Mitbewerber heranzüchtet, um ihnen dann die Mediation - wie beim Güterichter und evtl. auch mit der Zertifizierungsdebatte versucht - wieder einzudämmen, um ein Marktgleichgewicht⁵⁴³ herzustellen.

Der Ausbildungsmarkt

[608] Die Hoffnung auf einen neuen Markt belebt die Nachfrage nach Ausbildung. Im Gegensatz zu früher zielt die Ausbildung immer mehr auf eine berufliche Tätigkeit ab, anstatt einfach nur die eigene Konfliktkompetenz des Auszubildenden zu erhöhen. Die Verpflichtung, ADR-Verfahren in der Klageschrift zu erwähnen, führt schon jetzt zu einer hohen Nachfrage von Mediationsausbildungen für Rechtsanwälte⁵⁴⁴. Die Anpassung der Mediatorenausbildung an die Fachanwaltsausbildungen unterstreicht den Effekt. Die Entwicklung könnte dazu führen, dass die Anwälte die am besten informierte Berufsgrup-

⁵⁴³ Bei einem Marktgleichgewicht ist die Menge des Angebots gleich der Nachfragemenge.

⁵⁴⁴ Der Grund ist eine Annahme des Herausgebers, basierend auf der Beobachtung als Trainer in der Mediationsausbildung für Anwälte.

pe über Mediation sein werden. Damit würde die Mediation noch mehr in die Riege der juristischen Verfahren manifestiert werden.

[609] Der Ausbildungsmarkt wird den Trend zur Spezialisierung unterstützen. Zum einen, weil viele Kleinanbieter mit Spezialausbildungen einen Marktzugang leichter herstellen können als mit einem vollen 200 - Stundenkurs. Zum anderen, weil die Ausbildungsinstitute schon jetzt darüber nachdenken müssen, was sie anbieten, wenn der (Grund-) Ausbildungsmarkt gesättigt ist. Rezertifizierungen, Zwangssupervisionen und fachliche Spezialisierungen helfen, den Ausbildungsmarkt zu sichern.

Die Marktentwicklung

[610] Es ist fast unmöglich, die weitere Marktentwicklung vorherzusagen. Sie hängt im Wesentlichen davon ab, wie sich das Zusammenspiel der Märkte gestalten wird. Das Recht kann gestaltend wirken, indem es zur Mediation passende Strukturen anbietet. Fest steht, dass sich die Mediation – ob mit oder ohne Einflussnahme des Gesetzgebers - etablieren wird. Die Mediation wirkt wie ein Virus auf die, die ihre Kompetenz begriffen haben. Seit den Bemühungen des Gesetzgebers, die Mediation gesetzlich zu verankern, ist das Interesse an Mediation spürbar gestiegen. Mit dem erhöhten Aufkommen vermehren sich aber auch die Kannibalisierungseffekte. Mit jeder Mediation lernen die Medianden, dass es möglich ist, auf kommunikativem und kooperativem Weg einen Konflikt beizulegen. Sie wenden das Wissen spontan auf sich selbst an. Es muss sich zeigen, ob diese Beobachtung erheblich

genug ist, um eine markt- oder kulturbeeinflussende Wirkung zum Ausdruck zu bringen. In jedem Fall wird sich der Wettbewerb verschärfen.

[611] Die Mediation geht mit Widersprüchen um. Das ist ihre Stärke. Sie ist in sich selbst widersprüchlich. Das ist ihre Herausforderung. Soll sie dazu beitragen, die Streitkultur [1059] zu verbessern? Das wird wenigstens behauptet. Aber was ist gemeint? Die Verbesserung der Nachfrage nach einer Dienstleistung oder das friedliche Miteinander? Wenn die Mediation zur Verbesserung der Nachfrage beitragen soll, dann steht die Produktnachfrage im Vordergrund. In dem Fall sind Streit und Konflikte erwünscht, denn sie ermöglichen die Nachfrage. Soll die Mediation dazu beitragen das Miteinander zu verbessern, dann wird sie Konflikte vermeiden und es als ihren Erfolg sehen, wenn niemand mehr eine Mediation nachfragen müsste. Wäre die Streitkultur dann verbessert oder wäre sie verschlechtert, weil es weniger Streit gibt? Die nächste Frage ist: wie wirkt sich die Mediation auf den Streitmarkt aus, wenn Konflikte vermieden werden?

[612] Möglicherweise benötigt der Verbraucher einen ganz anderen Schutz als angenommen. Um mehr Nachfrage zu generieren, wird ihm der Bedarf nach professioneller Unterstützung suggeriert. Die Fähigkeit, Konflikte selbst zu lösen wird eher in Frage gestellt. Eigenverantwortung wird in Konsum übersetzt. Passt das zur Mediation? Die Mediation – so wenigstens die Idee der ersten Mediatorengeneration – ist angetreten, das soziale Miteinander zu verbessern und Frieden zu stiften. Die Notwendigkeit und der Trend zur Vermarktung der Mediation

on verraten ihren friedensstiftenden Anlass und sind, an diesem Ziel gemessen, eher kontraproduktiv⁵⁴⁵.

[613] Kultur ist Handeln und Denken⁵⁴⁶. Theoretisch ist es möglich, dass sich das Handeln und Denken über die Übung, mithin die Nachfrage, verändert. So mögen sich mittelbar auch Effekte auf die Streitkultur [1059] ergeben. Die Herausforderung besteht darin, die Balance zwischen Produktnachfrage und Kompetenz so einzurichten, dass der Markt existieren kann aber die Konflikte deshalb nicht zunehmen.

Der Wettbewerb

[614] Der Blick auf das Marktgeschehen eröffnet eine Sicht auf die Komplexität eines Marktes, der zumindest theoretisch jedermann offen steht. Damit der einzelne Anbieter überleben kann, versucht der Wettbewerb das Angebot zu limitieren. Erfahrene Mediatoren gehen davon aus, dass der Markt diese Korrektur auf natürlichem Wege herbeiführen kann.

[615] **Wer sind überhaupt die Wettbewerber?** Natürlich die auf dem Markt auftretenden Anbieter. Das sind die Mediatoren, Rechtsanwälte, Therapeuten, Ärzte, Coaches und Berater. Indirekt treten auch die öffentlichen Stellen und Behörden als Mitbewerber auf, wenn sie ebenfalls die Mediation vorhalten. Nicht zu schweigen von den Gerichten, die inzwischen sogar Werbung für sich machen. Auch wenn die Justiz sich nicht in der Rolle

⁵⁴⁵ Jorio, Luigi; Wenn sich Mediatoren auf die Füße treten, swissinfo.ch, 10. Mai 2013

⁵⁴⁶ CBM Handbuch

eines Marktteilnehmers sieht und wettbewerbliche Intentionen weit von sich weist, ist sie – gewollt oder nicht – ein Anbieter, der durchaus den Markt beeinflusst. Andererseits wird die Mediation in die Nähe der Konsumentenerfahrungen gebracht, was zweifellos den Markt stimuliert und dazu beiträgt, die Mediation zu popularisieren. Die Lösung findet sich in kompetenten Netzwerken, wo sich eine interprofessionelle Zusammenarbeit im Idealfall zu einer transprofessionellen Kompetenz verdichtet.

✍ Netzwerkbildungen unterstützen

[616] **Wachstum und kontinuierlich steigende Umsätze** gehören heute in vielen Märkten der Vergangenheit an. Es gibt Sättigungserscheinungen, Stagnationstendenzen, mitunter gar rückläufige Entwicklungen. Die steigende Zahl der Anbieter verschärft die Situation. So muss die Anwaltschaft beispielsweise bei einer wachsenden Zahl von Rechtsanwälten und einer (wenigstens geplanten) rückläufigen Zahl von Prozessen dafür sorgen, auch in Zukunft eine ausreichende Nachfrage zu generieren. Auch andere Berufsgruppen leiden unter dem Phänomen. Die Mediatoren selbst geraten in eine Konkurrenzsituation und „treten sich auf die Füße“⁵⁴⁷. Der Wettbewerb in gesättigten und sich verengenden Märkten ist primär von der Verdrängung der Wettbewerber geprägt. In einem ersten Schritt wird versucht, Fälle in die Mediation zu bringen, indem Fälle aus den konventionellen Berufen abgeworben werden. In einem zweiten Schritt wird

⁵⁴⁷ Jorio, Luigi; Wenn sich Mediatoren auf die Füße treten, swissinfo.ch, 10. Mai 2013

man versuchen, Fälle von anderen Mediatoren abzuwerben. Chancen ergeben sich aus dem Phantasie reich tum, mit dem Mediatoren versuchen, einen Markt zu bereiten.

[617] Viele Anbieter versuchen eine Expansionspolitik, indem sie die Qualität (durch vermeintliche Spezialisierung) verbessern und die Produktpalette (durch Ausbau ihres Produktportfolios) erweitern. Dabei kommt es zwangsläufig zu Überschneidungen und zu Übergriffen in die angestammten Märkte. Ein Beispiel sind die Rechtsschutzversicherer. Die so bezeichnete (telefonische) Shuttle Mediation erlaubt es ihnen, den Kunden eine bessere Betreuung zu versprechen. Nicht nur das, die Rechtsschutzversicherer werden sogar zum Mitbewerber⁵⁴⁸. Was für die Einen ein Marktvorteil ist, ist für die Anderen ein Nachteil. Mit der Shuttle Mediation brechen die Rechtsschutzversicherer in den Markt der Rechtsanwälte ein. Auch die Psychologen können mit der Mediation in den Markt vordringen, so wie die Anwälte zwar in den Markt der Psychologen, nicht jedoch in den der Rechtsschutzversicherer eindringen können. Nicht zu verkennen ist auch die Justiz in ihrer umstrittenen Rolle als Marktteilnehmer und auch die IHKs, die als Anbieter auf dem Ausbildungsmarkt auftreten und derart mit ihren Mitgliedern, den gewerblichen Ausbildungsinstituten in Konkurrenz treten.

[618] Weil sich auf dem Markt der Mediation verschiedene Berufe treffen, kollidiert das Interesse, die *Meditation* als neuen, eigenen Markt fördern zu wollen, mit dem Interesse, den angestammten, konventionellen Markt zu

⁵⁴⁸ DAS Pressemitteilung

schützen. Vor diesem Hintergrund bedeutet die Verbreitung des Dienstleistungsangebotes einschließlich der Ausbildung zur Mediation auch eine Vergrößerung des Interessengegensatzes. Je weiter der Markt für Mediation expandiert, desto größer wird das Interesse, den eigenen Berufsmarkt zu schützen. Diese Selbsterhaltungslogik kann zu einer Verschärfung der Ausgrenzungs- und zu Kannibalisierungseffekten führen.

[619] Viele Rechtsanwälte befürchten eine langfristige Konkurrenz durch den Mediator. Sie haben Sorge, dass die Mandanten beim nächsten Konflikt, aber auch möglicherweise bei der nächsten rechtlichen Beratung, unmittelbar zum Mediator gehen. Dafür könnte sprechen, dass der Mediator in der Mediation eine herausgehobene Rolle spielt und sich daher in besonderer Weise profilieren kann. Tatsächlich zeigt die Erfahrung allerdings, dass die Parteien sehr wohl zwischen der Rolle als Mediator und der Rolle als Rechtsanwalt unterscheiden und keineswegs den Mediator anschließend als Rechtsanwalt beauftragen. Die Wahrscheinlichkeit, von der Gegenpartei aus einem früheren Konflikt beauftragt zu werden, ist deutlich höher, als ein Mandat eines früheren Medianten. Kluge Mediatoren halten sich ohnehin mit der Werbung um Mandate von Medianten zurück und pflegen eher die Kontakte zu den an Ihren Mediationen beteiligten Rechtsanwälten.

[620] Offen ist, inwieweit sich die zunehmende Anzahl von ausgebildeten Mediatoren auf die Verbreitung der Mediation auswirkt. Viele dieser Mediatoren haben große Probleme, an Fälle zu kommen. Wird Ihnen ein Fall

angetragen, den Sie nicht als Mediatoren bearbeiten können, wäre dies eigentlich ein idealer Anlass für die Empfehlung eines anderen Mediators. Allerdings scheinen nicht alle diesen Anlass zu nutzen.

[621] **Gewollt oder nicht, das Gesetz schafft einen Handlungsrahmen.** Ist es ein Rahmen, der die Mediation auf den Weg bringt? Das berufliche Selbsterhaltungsinteresse verlangt nach Kompromissen, die sich bisher am deutlichsten in dem Streit um den Güterrichter gezeigt haben⁵⁴⁹. Um Schäden von der Mediation fernzuhalten, ist der Staat nunmehr, nachdem er mit dem MediationsG Verantwortung übernommen hat, aufgerufen, einen Handlungsrahmen vorzugeben, in dem sich die Mediation mediationsgerecht entwickeln kann⁵⁵⁰.

✎ Bedarfsorientierten Handlungsrahmen herstellen

[622] Es gibt Anzeichen dafür, dass der Gesetzgeber durchaus den Blick auf den Markt hat und Einfluss nehmen will⁵⁵¹. Weiß er aber auch, was aus seinen Vorgaben entsteht? Die Mediation bewegt sich in einem Spannungsverhältnis. Sich selbst überlassen, würde sie die Diskrepanz der unterschiedlichen Pole in sich aufnehmen können. Sie könnte sich auf die Spannungsfelder einlassen, die sich aus der Diskrepanz zwischen Recht und Interesse, Wirtschaftlichkeit und Menschlichkeit, Eigen- und Fremdverantwortung, Hoheitlichkeit und Privatrectlichkeit, Einsicht und Zwang ergeben. Es ent-

⁵⁴⁹ Ahrens, Mediationsgesetz und Güterrichter – Neue gesetzliche Regelungen der gerichtlichen und außergerichtlichen Mediation, NJW 2012, 2465

⁵⁵⁰ Bontrup (Konkurrenz) dl: 25.8.2012

⁵⁵¹ Duve (Richterliche Mediation), S. 108

sprache ihrer immanenten Wesensart, die Spannungsfelder zu erkennen, um das Potenzial zwischen den Polen auszuschöpfen und als Ressource zu verwenden.

[623] Solange ein Produkt noch nicht etabliert und die Visionen noch nicht abgestimmt sind, ist das Ermöglichen die beste Implementierungsstrategie. Um einen kooperativen Wettbewerb im Positivsummenspiel, also ein mediatives Vorgehen zu ermöglichen, bedarf es keiner Restriktionen. Hilfreicher ist die Schaffung einer systematischen Klarheit, die eine Orientierung mehr an Inhalten als an Titeln erlaubt.

✍ Abgestimmte, nachvollziehbare Systematik

[624] Die Autonomie des Bürgers wird weniger durch Zwang zur Schlichtung als durch den Umstand gewährleistet, dass sich das Gericht als eine gegenüber der Privatautonomie eindeutig subsidiäre Kompetenz versteht. Das Rechtsschutzbedürfnis [390] wird durchaus gewährt, wenn man vom Bürger eine Eigeninitiative zur Lösung seiner Probleme erwartet.

✍ Gericht als subsidiäre Kompetenz

[625] Die Qualität spielt sicherlich eine wichtige Rolle. Sie wird nur dann gewährleistet, wenn sie nicht zum Alibi für Wettbewerbsbeschränkungen und Übervorteilungen verwendet wird. Statt Stunden sollten (Ausbildungs-) Ziele vorgegeben werden.

✍ Qualität durch Profile

Qualität zeigt sich letztlich in der Kompetenz. Kriterien, welche die Kompetenz eines Mediators ausmachen, sind

keinesfalls definiert. Für den Kunden kommt es weniger darauf an, dass der Mediator ein Zertifikat besitzt. Das setzt er einfach voraus. Wichtiger ist ihm, den Mediator zu finden, der die für seinen Fall passende Vorgehensweise beherrscht. Hier ist ein Beratungsbedarf erforderlich, den die Professionen selbst wegen des Interesses an der Eigenvermarktung kaum leisten können.

☞ Beratungsberatung

[626] Die Gerichte könnten eine Clearinginstanz [1138] bilden, noch besser wäre es, es gäbe eine neutrale Instanz, die Interessenunabhängig beraten kann. Bis jetzt hat sich eine solche Instanz weder errichtet noch gezeigt. Ein Forum für Mediation, wie es im DFfM angedacht war, wäre der zur Mediation am besten passende Weg. Der Gesetzgeber kann dazu beitragen, dass sich ein solches Forum errichtet. Die Verbände und Kammern selbst waren dazu aus wettbewerblichen Gründen nicht in der Lage.

☞ Forum für Mediation

[627] **Sowohl die Verbände wie auch die Mediatoren legen großen Wert darauf, dass die Mediation nach vereinheitlichten Standards durchgeführt wird.** Das geschieht nicht ohne Grund. Viele Anbieter von Mediationen nutzen das aktuelle öffentliche Interesse und bezeichnen auch Verfahren und Vorgehensweisen als Mediation, die bei genauem Hinsehen keine sind.

[628] **Das Angebot muss nicht nur dem Bedarf entsprechend vorgehalten und erkannt werden. Es muss auch gefunden werden.** Der Gesetzgeber hat die

Rechtsanwälte mit der abgeänderten § 253 Abs. 3 ZPO [1072] in die Pflicht genommen und zur Beratung über außergerichtliche Formen der Streitbeilegung verpflichtet. Worauf es ankommt ist, die Kenntnis um die Kompetenz der Mediation zu vermitteln zusammen mit einer Idee, wie sie sich diese Kompetenz zum Nutzen aller verwerten lässt. Dann werden sich automatisch Netzwerke bilden, bei denen die Dienstleister das gebotene Verfahren zu empfehlen wissen. Aufklärung ist also auch hier das geeignete Mittel.

☞ Aufklärung und Information

[629] Die Zusammenarbeit der Professionen erwartet, dass die Mediatoren eine gewisse Kompetenz garantieren und eine dementsprechende Qualität nachweisen können. Meist ergeben sich die Kooperationen aus Netzwerken, in denen sich die Angehörigen unterschiedlicher Professionen kennen oder sie werden von den Institutionen ermöglicht. Manche bilden ihre Mediatoren selbst aus, um sicher zu gehen, dass sie die erforderliche Qualifikation besitzen. In allen anderen Fällen kommen die Mediationsverzeichnisse zum Tragen. Umfassende und zugleich verbandsunabhängige Mediatorenverzeichnisse sind die Datenbanken *mediator-finden* und *fairinstance*⁵⁵².

Die Stärkung

[630] Weil die Stärkung der Mediation als ein gesetzgeberisches Ziel definiert wurde, hat sie einen juristischen

⁵⁵² www.mediator-finden.de und www.fairinstance.de.

Bezug. Sie erfordert die Auseinandersetzung mit der Frage, was Stärkung überhaupt bedeutet und wie sie zu erreichen ist. Die Klärung der gesetzgeberischen Zielsetzung mag zur teleologischen Auslegung unbestimmter Tatbestandsmerkmale der Vorschriften des MediationsG beitragen. Voraussetzung für deren Einbeziehung ist jedoch ihre Nachvollziehbarkeit.

☞ Stärkung / Zielsetzung klar definieren

[631] Nachdem die Mediation als ein *Verfahren* definiert wurde, wird deutlich, dass die Stärkung der Mediation nicht die Stärkung des mediativen Denkens oder der Mediationswissenschaft, sondern die Stärkung des *Verfahrens* der Mediation, mithin der Dienstleistung bedeuten muss. Die EU möchte erreichen, dass etwa 50% der Fälle in die Mediation verwiesen werden⁵⁵³. Der auf das Verfahren gerichtete Fokus sollte nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Nachfrage nach dieser Dienstleistung durch das Erkennen des Bedarfs und den Möglichkeiten einer Kooperation beeinflusst wird. Keine leichte Erkenntnis in Kulturen, wo Kooperation als Schwäche ausgelegt wird. Der erste Schritt, ein Bewusstsein für die Notwendigkeit und Sinnhaftigkeit der Kooperation als zielführende Konfliktstrategie in der Bevölkerung zu etablieren, geht über die Schul- und Bürgerbildung. Sie soll ein Verständnis für den Bedarf an kooperativen Vorgehensweisen einerseits und ein Wissen über die zielführenden Möglichkeiten herbeiführen. Da die Mediation mit sozialer Kompetenz einhergeht, wäre ihre Ausbil-

⁵⁵³ EU (Reboost)

derung bei jedem Bürger eine zielführende politische Maßnahme.

✍ Soziale Kompetenz als (Schul-)Bildungsinhalt

Rahmenbedingungen

[632] *Wesche* weist auf zwei unterschiedliche Wege hin, wie die außergerichtliche Streitbeilegung gefördert werden kann. Er führt aus: "Entweder man informiert die Bevölkerung und setzt Anreize für die Inanspruchnahme außergerichtlicher Streitbeilegung, oder man zwingt die Rechtsunterworfenen in diese Verfahren. *Wesche* sieht den Gesetzgeber in der Pflicht, die Rahmenbedingungen für die Streitkultur [1059] in der Gesellschaft zu setzen⁵⁵⁴. Die Mediation ist ein ausschließlich auf Kooperation basierendes Verfahren. Oft ist der Schritt aus der Konfrontation in die Mediation für den Betroffenen zu groß. Er muss erst dorthin geführt werden. Die integrierte Mediation hat erforscht, wie die Kooperation durch eine Migrationsstrategie aus einer Konfrontation möglich wird. Dabei geht sie in kleineren Schritten vor, indem sie Schritt für Schritt in die Kooperation überleitet⁵⁵⁵. Es kommt darauf an, die Kooperationsbereitschaft generell zu fördern. Die Mediation wird das Ergebnis sein. Politisch und rechtlich könnte § 253 Abs. 3 ZPO die Kooperationsbemühungen abfragen und wertschätzen, statt sich nur nach dem Konsum eines Verfahrens zu erkundigen. Selbstverständlich sollte die Kooperationsbereitschaft

⁵⁵⁴ *Wesche*: ZRP 2004, 49

⁵⁵⁵ *Trossen* (Wege zur Kooperation)

nicht nur vom Kläger, sondern auch vom Beklagten abgefragt werden.

☞ § 253 Abs. 3 ZPO ändern, Kooperation belohnen

[633] Es gibt noch einen dritten Weg, die Bereitschaft für eine Mediation zu fördern. Dieser Weg geht über das Denken. Hier wird das Problem- und Bedarfsbewusstsein angesprochen. Dieser Weg erfordert eine andere Herangehensweise. Er setzt eine systemische Bereinigung voraus, aus der sich konsistente Anreize für eine Kooperation trotz Streit schaffen lassen.

Markteinfluss

[634] Ob gewollt oder nicht. Der Gesetzgeber nimmt Einfluss auf den Markt. Der „zertifizierte“ Mediator hat größere Auswirkungen auf den Ausbildungsmarkt als auf die Nachfrage nach Mediation. Solange Mitbewerber über die Zertifizierung von Mitbewerbern entscheiden, besteht die Gefahr, dass weniger die Qualität der Ausbildung als Marktinteressen, die verdeckte Leitlinie sind. Indem die Mediation und nicht die Kooperation in den Vordergrund gestellt wird, entsteht der Trend, dass Vieles als Mediation bezeichnet wird, was bei genauem Hinsehen keine ist. Wieder kommt es auf Differenzierungen an und darauf, dass die verschiedenen Ausprägungen der Mediation besser bekannt werden.

[635] Der Ausbildungsmarkt wird bald gesättigt sein. Das wird eine natürliche Marktberreinigung ergeben, weil die jetzt aus dem Boden gestampften Ausbildungen kaum in der Lage sein werden, sich zu etablieren. Das Interesse, weiterhin Ausbildungen anbieten zu können, begünstigt

den Trend in die Spezialisierung. Es ist fraglich ob dieser Trend die Qualität der Mediation fördert oder nicht. Er kann nur dann fördern, wenn der spezialisierte Mediator alle Modelle und Formen der Mediation und angrenzender Verfahren beherrscht.

[636] Je höher die Hürden sind, eine Mediation anzubieten (z.B. das Tätigkeitsverbot) umso mehr wird es Bemühungen geben, dasselbe unter einem anderen Namen anzupreisen. Je geringer die Hürden sind, desto größer ist die Gefahr, dass die Mediation minderwertig angeboten wird. Der Markt muss die Balance finden. Das Interesse der Lobby, den Geschäftszweig für die eigene Berufsgruppe zu retten, erschwert den Prozess. Er begünstigt eher die Ausgrenzung als die Einbeziehung. Das verbindende Element ist die Kompetenz der Mediation. Sie kommt allen Professionen zugute, indem sie den Weg in die Kooperation auch unter schwierigsten Bedingungen bewältigt. Wieder steht die Aufklärung über das was Mediation ist im Vordergrund. Wieder kommt es darauf an, die Vielfalt der Mediation durch Einbeziehung zu ermöglichen statt durch Ausgrenzung zu verkürzen. Hier müssen alle an den Tisch. Der Gesetzgeber mag sich entscheiden, ob die Stärkung der Mediation eher durch die Förderung der Kooperationsbereitschaft der Menschen erreicht wird als durch die Förderung der Nachfrage. Er mag vorgeben, was unter der Stärkung der Mediation und der Verbesserung der Streitkultur [1059] zu verstehen sein soll.

✍ Ausgrenzung verhindern

[637] **Die systemischen Anforderungen jedenfalls verlangen mehr als nur die Bereitstellung eines Angebots.** Sie sorgen dafür, dass sich die Mediation stimmig in das vorhandene System integriert und nicht wie ein Fremdkörper aufgesetzt oder benutzt wird. Wenn es um die Stärkung der Mediation geht, geht es um die Stärkung des mediativen Denkens, hier finden wir die Wurzel der Mediation. Voraussetzung ist, dass unser Staatssystem, unsere Gesellschaft und unsere Kultur ein mediatives Denken überhaupt wollen⁵⁵⁶. Schon der Ansatz, die *Streitkultur* [1059] zu verbessern⁵⁵⁷ erwartet Streit. Wäre es nicht geschickter, die Friedenskultur zu verbessern, um erst gar keinen Streit aufkommen zu lassen? Streit wird in unserer Gesellschaft nicht nur erwartet, er wird auch eingefordert. Betrachtet man Staat und Gesellschaft als System, dann fällt auf, dass der Weg in die Konfrontation eher gefördert wird als der Weg in die Kooperation. Die Volksweisheit "Angriff ist die beste Verteidigung" schlägt sich nicht nur in den individuellen Konfliktstrategien nieder. Sie ist sozusagen im Gesetz eingebaut. Warum beispielsweise ist ein zur Tatsachenklärung beitragender Beweisantrag ein Angriffsmittel i.S.d. § 296 ZPO? Fordert der Angriff nicht aus sich selbst eine Abwehrreaktion heraus? Ein erster wirksamer Schritt wäre es also, das Gesetz auf Gewaltbereitschaft hin zu untersuchen und dementsprechend zu bereinigen.

☞ Gewaltbereinigung im Gesetz

⁵⁵⁶ Trossen (Demokratie)

⁵⁵⁷ Leutheusser-Schnarrenberger (Pressemitteilung), DI: 2.4.2013

[638] Die Notwendigkeit zur Fristwahrung (Notfristen) zwingt die Parteien mitunter in eine Konfrontation, die gar nicht gewollt ist. So ist der Arbeitnehmer beispielsweise, nur um Rechtsverlust zu vermeiden, nach § 4 KSchG zur Erhebung der Kündigungsschutzklage gezwungen⁵⁵⁸. Gleiches gilt für die Einlegung von Rechtsmitteln. Der Gesetzgeber mag auch in diesen Fällen privaten Streitschlichtungsbemühungen einen Vorrang einräumen und die Parteien nicht lediglich zur Fristwahrung vor Gericht zwingen.

✍ Vorrang der Verhandlung auch bei Notfristen

[639] Das "Rechtsschutzinteresse" gibt einen Anspruch auf konfrontative Streitbeilegung. Es gibt jedoch kein dementsprechendes "Einigungsinteresse", aus dem sich ein Anspruch auf Kooperation ableiten ließe. Besonders in Dauerschuldverhältnissen gibt es soziale Nebenpflichten, wie die Pflicht zur Rücksichtnahme. Diese Pflicht endet anscheinend, sobald die Parteien in Streit geraten. Hier kann der Gesetzgeber die einigungsbereite Partei besser unterstützen. Möglich wäre es, die Ansprüche auf gegenseitige Rücksichtnahme auch hinsichtlich der Art und Weise der Streitbeilegung einzufordern und an Rechtsfolgen (etwa hinsichtlich der Kostentragungspflicht) zu knüpfen.

✍ Anspruch auf Einigung / Rechtsschutzinteresse

[640] Systemische Konsistenz bedeutet auch systemische Brüche zu beseitigen. Ein systemischer Bruch ergibt sich

⁵⁵⁸ Das Verstreichen der Frist des § 4 KSchG ergibt eine materielle Präklusion, welche die Wirksamkeit der Kündigung unterstellt, wenn keine Kündigungsschutzklage erhoben wird.

aus dem RDG und der dadurch geschaffenen Möglichkeit zur feindlichen Übernahme der Mediation durch privilegierte Berufe und dem Güterichter. Wenn Mediator ein eigenständiger Beruf werden soll, muss er sich aus den professionellen Hoheiten befreien. Das Ministerium war sowohl bei der RDG als auch bei dem MediationsG angetreten, eine Rechtszerplitterung zu vermeiden⁵⁵⁹. Der Gesetzgeber hat sie eingeführt.

☞ Separierung und Rechtszersplitterung vermeiden

[641] Damit die Rechtszersplitterung und die Ausgrenzungen in der Mediation vermieden werden, sollte die ZMediatAusbV darauf achten, dass nicht Mitbewerber über Mitbewerber entscheiden können. Sie könnte zur Bedingung machen, dass die Verbände, Kammern und Institutionen ein gemeinsames Forum bilden, in dem es um einen interdisziplinären Austausch nicht um gegenseitige Kontrolle geht.

[642] Forum erzwingen

[643] Um die Kooperationsbereitschaft der Parteien zu fördern, sollten die Politiker selbst lernen, die Kooperationsbereitschaft zu pflegen. Politiker zeigen sich kampfbereit. Sie stellen ihre Durchsetzungsfähigkeit heraus, nicht Besonnenheit, Austauschbereitschaft und Intelligenz. Hier wäre ein Imagewandel erforderlich. Die Mediation braucht Vorbilder, wenn die Bürger ihr folgen sollen.

⁵⁵⁹ Der Begriff wird in der Begründung auf Seite 16 verwendet. Der Entwurf des RDG sah vor, dass die Mediation als solche - also ohne Einschränkungen - keine Rechtsdienstleistung sein soll.

✍ Vorbildfunktion wahrnehmen

[644] **Anreize sind natürlich finanzielle Vorteile.** Statt der Mediationskostenhilfe sollte eine Form der Belohnung erwogen werden. Die Mediation an und für sich stellt schon eine Kosteneinsparung dar, allerdings nur, wenn sie erfolgreich ist. Das Kostenproblem taucht also nur beim Scheitern der Mediation auf oder wenn sie während der Anhängigkeit eines Gerichtsverfahrens eingeleitet wird. Hier wären Kostenbefreiungen angebracht, wenn sich eine Partei ernsthaft um eine Kooperation bemüht. Kostenbelohnungen können auch durch Kostenbestrafungen dargestellt werden, wie das Beispiel der *Woolf Reform*⁵⁶⁰ gezeigt hat.

✍ Kostenbelohnung/-bestrafung, Änderung §§ 91 ff. ZPO

[645] Damit die Kooperation als Chance verstanden wird, müssen Bestrafungseffekte vermieden werden, wenn Parteien kooperieren. Aktuell werden sie eher bestraft, indem eine Kooperation nur wahrgenommen wird, wenn sie sich in einer Nachfrage widerspiegelt. Anders gesagt: *Jede* Form der Kooperationsbemühung muss belohnt werden. Dies drückt sich nicht nur in den Prozesskosten aus. Finanzielle Anreize könnten über die steuerliche Absetzbarkeit von Mediationen, nicht jedoch von Gerichtskosten geschaffen werden.

✍ Finanzielle (steuerliche) Anreize

[646] Motivation hat nicht nur finanzielle Aspekte. Grundsätzlich passt die Motivation besser zur Mediation als der Zwang. Generell sollte die Strategie lauten: den

⁵⁶⁰ Wikipedia (Civil_Procedure_Rules)

Weg in die Kooperation zu erleichtern und den Weg in die Kooperation zu erschweren. Aus lauter Sorge, die Friedensbemühungen könnten scheitern, werden die darauf gerichteten Bemühungen erschwert. Die Kriegsführung wird privilegiert. Um Krieg zu führen, müssen keine Prüfungen abgelegt oder Voraussetzungen erfüllt werden. Wie wäre es, die Friedensbemühungen zu erleichtern und die Kriegsführung zu erschweren?

☞ Wege in die Kooperation erleichtern

[647] Schon das Sprichwort sagt: "Nur ein Streit ohne Sieger ist ein gewonnener Streit". Das aus dem Alten Testament abgeleitete Sprichwort "Aug um Auge, Zahn um Zahn" wird entgegen seiner Bedeutung als Rechtfertigung für gleichförmiges Entgelten gesehen⁵⁶¹. **Dass Menschen nicht mediationsgemäß denken, liegt auch daran, dass vorschnell (übrigens auch über die Mediation) geurteilt wird.** Wenn es zu irgendwelchen Problemen kommt, wird sofort in "gut", "schlecht", "richtig", "falsch", wer hat alles "richtig" gemacht (ich natürlich), wer macht alles "falsch" (die anderen natürlich), unterteilt. Letztlich landet man bei der Schuldfrage. Wenn der Andere "schuld", ist, scheint die Angelegenheit erledigt zu sein. Wir übersehen, dass der Streit neu aufkommen wird, wenn der das Problem auslösende Mangel nicht gelöst ist⁵⁶².

[648] Urteilsfrei zu denken ist den Menschen unserer Gesellschaft so fremd, dass man die Notwendigkeit, sich mit Bewertungen zurückzuhalten, nur schwer vermitteln

⁵⁶¹ Oeming, Uni Spiegel 3/2003

⁵⁶² Wikipediation (Lösungspentagramm)

kann. Das Phänomen lässt sich psychologisch aus der Menschheitsevolution begründen, aber auch mit der festen Verwurzelung unseres Denkens in Urteilen, die oft schon im Elternhaus, spätestens jedoch in der Schule, einsetzt und sich im Gerichtsverfahren manifestiert. Statt dass Kinder beobachtet werden, um herauszufinden, wie sie sind, was sie können, und darin gefördert werden, gibt es feste Normen, anhand derer Kinder bewertet und benotet werden. Schon früh etabliert sich daraufhin im Denken der Kinder ein „innerer Richter“, mit dem sie sich selbst bewerten und beurteilen. Fällt das Urteil „negativ“ aus, führt dies zu Minderwertigkeitsgefühlen und/oder zur Rebellion. Diese Gefühle von Betrübtheit über sich selbst und das eigene „Versagen“ oder die Rebellion gegen die erfahrene „Ungerechtigkeit“ sind so stark, dass sie lebensbestimmend werden. Dabei spielt sich all das nur im Kopf ab, während die Realität und die dort vorhandenen Lösungsmöglichkeiten vielfach von diesem Denken abweichen. Dass im wirklichen Leben Herausforderungen warten, die gemeistert werden wollen und meist auch können, tritt hinter den Eindruck von Schuld und dem Bedürfnis, Schuld abzuwehren, zurück.

[649] Natürlich sind Schulnoten und Leistungsbewertungen aus unserer Gesellschaft nicht wegzudenken. Sie werden dann zum Problem, wenn sie zum alleinigen Maßstab des Wertes eines Menschen werden. Jeder Mensch hat aus sich heraus einen einzigartigen Wert, einzigartige Fähigkeiten und eine einzigartige Sicht der Welt, die für die menschliche Gemeinschaft eine Bereicherung darstellen. Andererseits gibt es auch gesellschaftliche Normen, an denen das Individuum gemessen

wird, um beispielsweise seine Eignung für spezifische Tätigkeiten zu dokumentieren. Nur wenn Kindern eindeutig vor Augen geführt wird, dass ihr Wert und ihre Bewertung zwei verschiedene Dinge sind, haben sie die Chance, aufzuwachsen, ohne ausschließlich von ihrem inneren Richter gesteuert zu sein. Damit würden Voraussetzungen geschaffen, offener durch das Leben zu gehen und Konflikte, die sich im kooperativen Dialog meistern lassen, statt Schuld zu sehen. Wenn man mediatives Denken langfristig gesellschaftlich implementieren möchte, sollte man genau an diesem Punkt ansetzen.

☞ Gesellschaftliches Umdenken ermöglichen

[650] Zur heutigen Situation der Mediation meint *Eidenmüller*⁵⁶³, es müsse eine mutige Entscheidung getroffen werden. Er plädiert dafür, den Markt frei zu geben. *Troszen* verfolgt den gleichen Ansatz. Er meint, wenn eine politische Entscheidung getroffen werde, müsse sie im Geist der Mediation erfolgen und diesen widerspiegeln. Der Geist der Mediation liegt *außerhalb* von Nullsummenspielen. Er ist weit entfernt von Bewertung und Zwang. Bei der Arbeit am Kommentar haben sich viele Aspekte ergeben, wo eine Stärkung der Mediation im Denken möglich ist. Sie wurden als exemplarisch und inspirierend in einem Verzeichnis im Anhang zusammengestellt. **Der Markt wird sich selber regulieren.** Es ist kaum vorstellbar, dass ein Mediator, der ständig scheitert, seine Dienste weiterhin anbieten wird. Er wird entweder ein anderes Betätigungsfeld suchen oder eine Ausbildung aufsetzen.

⁵⁶³ *Eidenmüller* (Mediationsgesetz für Deutschland), Seite 1

[651] **Vertrauen ist die Basis für Mediation.** Man sollte ihr selbst gegenüber nicht misstrauisch begegnen.

✍ Mediation und Mediationsmarkt freigeben

Der Meilenstein

[652] Wenn das MediationsG als ein Meilenstein⁵⁶⁴ bezeichnet wird, dann ist damit sicherlich nicht sein Inhalt gemeint. Der kritische Leser hinterfragt seine Bedeutung. Er hinterfragt, was der Gesetzgeber mit dem Gesetz zum Ausdruck bringen will. Was will er dem Bürger sagen, wenn er es beispielsweise für notwendig erachtet, den Mediator explizit zu verpflichten, die Parteien auf deren Verlangen über seinen fachlichen Hintergrund, seine Ausbildung und seine Erfahrung auf dem Gebiet der Mediation zu informieren? Soll sich der Bürger vorstellen, dass ein Mediator seine *verlangende* Frage unbeantwortet ließe? Braucht er gesetzliche Hilfe, um diese Frage zu stellen? Würde ein autonomer Bürger nicht auch ohne eine gesetzliche Verpflichtung seine Konsequenzen ziehen? Was bedeutet es, wenn der Gesetzgeber explizit darauf hinweist, dass die Parteien als Vertragspartner des Mediators diesen, ihren Vertragspartner, auszuwählen haben. Steht zu erwarten, dass die Parteien Verträge abschließen ohne sich ihres Gegenübers und ihrer Parteiautonomie bewusst zu sein? Was will er uns sagen, wenn er verlangt, dass der Mediator im Falle einer Einigung darauf hinwirkt, dass die Parteien den Inhalt der von ihnen zu treffenden Vereinbarung auch verstehen? Glaubt er, dass die Parteien üblicherweise Verträge abschließen,

⁵⁶⁴ Trossen (Demokratie)

die sie nicht verstehen oder soll der Hinweis herausstellen, dass andere Berufe, wie etwa der Richter oder Rechtsanwalt, Vergleiche herbeiführen, denen die Parteien zustimmen, ohne dass sie deren Inhalt verstanden haben? So gelesen kommuniziert das Gesetz eine Menge an Selbstverständlichkeiten. Setzt man sich noch tiefer mit dem Gesetz auseinander, dann fällt auf, dass das Gesetz nur Gegenstände regelt, die ohnehin privatvertraglich vereinbart werden können. Es bleibt sogar dahinter zurück. Die Privatautonomie wird eher eingeschränkt als erweitert oder gar gestärkt. In unserem Rechtsstaat gilt der Grundsatz: **Was nicht verboten ist, ist erlaubt.** Was sagt uns also der Gesetzgeber, wenn er explizit erlaubt, was man ohnehin möglich ist? Ist das ein Meilenstein? Verleitet ein solches Gesetz die Bürger nicht eher dazu, danach zu fragen, was explizit erlaubt ist anstatt sie zu ermutigen darüber selbst zu entscheiden? Hat das Gesetz überhaupt den autonomen Bürger im Blick, der mittels der Mediation seine Angelegenheiten eigenverantwortlich klären soll?

II

Das Mediationsgesetz

Die offizielle Abkürzung lautet MediationsG. Das Gesetz besteht aus nur 9 Paragrafen. Die Gliederung des Gesetzes legt bereits die Schwerpunkte fest:

- § 1 Begriffsbestimmungen
- § 2 Verfahren; Aufgaben des Mediators....
- § 3 Offenbarungspflichten; Tätigkeitsbeschränkungen
- § 4 Verschwiegenheitspflicht
- § 5 Aus- und Fortbildung des Mediators; zertifizierter Mediator
- § 6 Verordnungsermächtigung
- § 7 Wissenschaftliche Forschungsvorhaben; finanzielle Förderung der Mediation
- § 8 Evaluierung
- § 9 Übergangsbestimmung

§§ 1-4 betreffen das Verfahren. §§ 5-6 betreffen die Ausbildung und Professionalisierung. §§ 7-9 sind wie ein Ausblick zu verstehen.

§ 1 Begriffsbestimmungen

(§ 1 MediationsG Abs. 1)

Mediation ist ein vertrauliches und strukturiertes Ver-

fahren, bei dem Parteien mit Hilfe eines oder mehrerer Mediatoren freiwillig und eigenverantwortlich eine einvernehmliche Beilegung ihres Konflikts anstreben.

[653] Das MediationsG beginnt mit der Definition dessen, was die Mediation und was ein Mediator ist. Die Definition ergibt die Anwendbarkeit des Gesetzes [746]. Neben Legaldefinitionen [665]ff enthält das Gesetz indirekte begriffliche Klarstellungen, die zur dringend notwendigen Vereinheitlichung der Terminologie der Mediation zunächst besonders hervorzuheben sind.

Fachtermini

[654] Die Mediation bedingt eine eigene Fachsprache. Möglicherweise entwickelt sie sich sogar irgendwann einmal zu einer Disziplinen vereinigenden transdisziplinären Sprache weiter. Aktuell lässt sich die Sprache der Mediation auf Termini verschiedener Disziplinen ein. Sie übernimmt die Fachausdrücke anderer Disziplinen, verwendet sie jedoch im Kontext der eigenen Disziplin. Bedeutungsinhalte und Anwendungen werden verkannt. Es kommt zu Übersetzungsverlusten, die den Aussagegehalt und die Semantik der Sprache verändern. Das Verständnis und der Umgang mit dem Begriff „Interesse“ [35] sei nur eines von vielen Beispielen. Der erste Schritt in eine bessere Verständigung über das, was Mediation wirklich ist, sollte die Erfassung der Termini sein, über die sich die Mediatoren abzustimmen haben. Es bedarf weiterer definitorischer Klarstellungen und Unterscheidungen, wenn es darauf ankommen soll, einen einheitlichen, sys-

tematischen Zugang zur Mediation zu gewährleisten⁵⁶⁵. Die sprachliche Bereinigung ist sicherlich nicht die Aufgabe des Gesetzgebers. Wohl aber obliegt ihm die Beachtung der begrifflichen Konsistenz und Eindeutigkeit.

✍ Achtung der begrifflichen Konsistenz

[655] Schon der Begriff **Mediation** wird den verschiedenen Konnotationen [61] entsprechend mehrdeutig verwendet. Die Mediation i.S.d. MediationsG beschreibt lediglich eine Verfahrensauswahl, die als ein Unterfall der formellen Mediation anzusiedeln ist [59]. Um einen präzisen, differenzierten Umgang mit der Mediation zu gewährleisten, bietet sich die Systematik an, die durch die Festlegung des Mediationsradius [58], die Unterscheidung von Mediationsmodellen [81], Mediationsformen [114] und Mediationsstilen [162] möglich wird. Ihr lassen sich alle Varianten der Mediation zuordnen.

[656] Eine mindestens doppelte Bedeutung belegt auch der Begriff **Mediator** [565]. Er kann die funktionale Bedeutung des § 1 Abs. 2 einnehmen [721] oder eine Berufsbezeichnung sein [565]. Schließlich könnte er die vermittelnde Rolle eines Freundes in einem privaten Konflikt bezeichnen.

[657] Die Verwendung der Begriffe **Streitvermittlung** und **Schlichtung** [67] bedürfen einer fachlichen Abstimmung⁵⁶⁶. Gleiches gilt für die verschiedenen Konnotationen des Begriffs **Interesse** [35].

⁵⁶⁵ Systematische Übersicht im Anhang.

⁵⁶⁶ Eine Zusammenstellung der wichtigsten Termini der Mediation befindet sich im Anhang. Siehe dort das Kapitel „Glossar“

[658] Die Güteverhandlung i.S.d. § 287 Abs. 2 und 5 ZPO ließe sich präziser von der **Güterichterverhandlung** abgrenzen [1111]. Die „Sache“ i.S.d. § 3 Abs. 2 wäre als Rechtsangelegenheit präziser beschrieben [881].

[659] Eine zentrale Bedeutung kommt dem Begriff der **Partei(en)** zu. Obwohl die Mediation mit unterschiedlichen Parteikonstellationen zurecht kommen muss [204], verwendet das Gesetz den Begriff der Parteien in den §§ 1, 2, 3 und 4 unspezifisch. Partei ist ein juristischer Terminus. Er wird einerseits im Zivilrecht (Vertragsparteien), andererseits aber auch im Verfahrensrecht (Prozessparteien) verwendet. Selbst die Begründung des Regierungsentwurfs weist darauf hin, dass der im MediationsG verwendete Begriff der Partei „untechnisch“ zu verstehen sei⁵⁶⁷. Er bezeichne die an der Mediation teilnehmenden Personen. Die Definition übersieht, dass die Streitparteien, die Mediationsvertragsparteien, die Medianten und evtl. teilnehmende Dritte [815] auseinanderfallen können [204]. Sie übersieht auch, dass es teilnehmende Personen gibt, die nicht konfliktbetroffen sind, während es Konfliktbetroffene gibt, die nicht an der Mediation teilnehmen. Weil die Parteiqualität und die daraus abzuleitenden Rechtsbeziehungen auseinanderfallen, ist eine Differenzierung unerlässlich. Zur besseren Abgrenzbarkeit wird von den Vertragsparteien gesprochen, wenn die Parteien des MV (Auftraggeber und Auftragnehmer) gemeint sind. Die streitparteilichen Teilnehmer am Verfahren hingegen sollen, unabhängig davon, ob sie Vertragsparteien des MV geworden sind oder nicht, als

⁵⁶⁷ Begründung Seite 20

Prozessparteien, Akteure oder, wenn nur die Verhandlungspartner gemeint sein sollen, als Medianden bezeichnet werden. Sie sind die (Vertrags-)Parteien der MDV [222]. Dritte i.S.d. § 2 Abs. 4 [815] werden *nicht* unter den Parteibegriff subsummiert, obwohl auch sie Parteien der MDV sein können, etwa wenn sie zur Verschwiegenheit [912] verpflichtet werden. Eine methodische Manifestation ergibt sich aus der Unterscheidung zwischen Prozess-, Streit- und Konfliktparteien §.

[660] Auch die Einigungskategorien bedürfen einer terminologischen Festschreibung. Die Mediation kennt ganz unterschiedliche Formen von Einigungen [196], über die sich der Mediator bewusst sein sollte. Ausdrücklich erwähnt wird im MediationsG nur die **Abschlussvereinbarung**. Darüber hinaus sind der **Mediationsvertrag** (MV) [221], die **Mediationsdurchführungsvereinbarung** (MDV) [222] und die **Mediationsabsprache** (MA) [432] zu unterscheiden. Hinsichtlich der Abschlussvereinbarung hat der Gesetzgeber eine begriffliche Festlegung ermöglicht. Noch vor dem Inkrafttreten des Gesetzes wurde die Abschlussvereinbarung als das Memorandum bezeichnet. Diese Wortwahl sollte den Verdacht ausräumen, dass es sich bei dieser Vereinbarung um eine Rechtsdienstleistung handeln könnte, die ihr Zustandekommen ermöglicht hat. Nachdem das Gesetz diese Unsicherheit beigelegt hat [262], bietet es sich an, die Mediationsabschlussvereinbarung [457] auch so zu bezeichnen.

[661] Seit die Mediation in § 1 als ein Verfahren definiert wurde, ist der Begriff **Mediationsverfahren** als eine Re-

duplikation anzusehen. Trotzdem verwendet der Gesetzgeber die Wortverdoppelung nicht nur⁵⁶⁸ in § 4 Abs. 1 Satz 1, wenn er dort das *Mediationsverfahren* erwähnt. Die Begriffe „Mediation“ und „Mediationsverfahren“ werden synonym verwendet. Die nicht notwendige Reduplikation wird als ein Hinweis auf die nach wie vor bestehende Vielschichtigkeit des Begriffs der Mediation [61][1155] verstanden.

[662] Einer weiteren Einordnung bedarf der Begriff der **Konfliktbeilegung**. Der Gesetzgeber verwendet das Wort, ohne Konflikt zu definieren. Er spricht auch nicht von der *Konfliktlösung*. Die Konfliktbeilegung ist von der Konfliktlösung zu unterscheiden. Während für die Konfliktbeilegung die Herstellung des Rechtsfriedens genügt, geht die Konfliktlösung tiefer, indem sie die Auflösung des Konfliktes und nicht nur seine Beilegung vorgibt. Die Differenzierung soll nicht die Schlussfolgerung nahe legen, dass eine Lösung des Konflikts in der Mediation ausgeschlossen sei. Allerdings deutet die begriffliche Feinabstimmung auf den Unterschied zwischen der *facilitativen* und der *transformativen* Mediation [94] hin. Im letzteren Fall ist die Auflösung des Konfliktes angestrebt. Auffällig ist, dass der Gesetzgeber verschiedene Verfahrensvorschriften dahingehend abgeändert hat, indem er den Begriff der Streitbeilegung durch den der Konfliktbeilegung ersetzte⁵⁶⁹. Noch in der Begründung zum Gesetzesentwurf wird davon ausgegangen, dass der Gesetzgeber Anreize für eine einverständliche *Streitbeilegung* schaffen

⁵⁶⁸ In der Begründung zur ZMediatAusv kommt die Wortverdoppelung gleich 9 mal vor!

⁵⁶⁹ Drucksache 17/5335 S. 24

kann, um die *Konfliktlösung* zu beschleunigen⁵⁷⁰. Der Gesetzgeber begründet den Austausch der Begriffe lediglich mit der Vereinheitlichung des Sprachgebrauchs⁵⁷¹. Der begriffliche Unterschied ist nicht wirklich zu vernachlässigen, weil er die Differenzierung zwischen Problem und Konflikt [31] erschwert und eine Bedeutung für die zu wählende Verfahrensart nahelegt [34][34].

[663] **Streit** kommt aus dem Mittelhochdeutschen und wird auf das Althochdeutsche *strīt* zurückgeführt, das so viel bedeutet wie Widerstreben, Aufruhr. Streit bezeichnet deshalb ein heftiges Sich auseinandersetzen, Zanken in oft erregten Erörterungen, hitzigen Wortwechselln, oft auch in Handgreiflichkeiten⁵⁷². Das Streiten beschreibt somit eher die Erscheinungsform. Umgekehrt bezeichnet das aus dem Lateinischen *conflictus* abgeleitete Wort Konflikt den Zusammenstoß, das Zusammenschlagen oder Zusammenprallen. Ein Konflikt definiert sich als die durch das Aufeinanderprallen widerstreitender Auffassungen oder Interessen entstandene schwierige Situation, die zum Zerwürfnis führen kann⁵⁷³. **Der Konflikt beschreibt eher die Ursache und den Anlass des Problems als seine Erscheinungsform.** Wenn der Konflikt zu einem Zerwürfnis führen kann, handelt es sich um ein Problem, das Auswirkungen auf die Beziehung der Streitparteien zueinander aufzeigt, also emotional geprägt ist. Mit der vom Gesetzgeber nunmehr vorgenommenen terminologischen Gleichsetzung wäre es sicher-

⁵⁷⁰ Begründung S. 16

⁵⁷¹ Begründung S. 37, 38

⁵⁷² Duden (Streit)

⁵⁷³ Duden (Begriff)

lich falsch, die Streitbeilegung nur als Beilegung einer Sachauseinandersetzung zu sehen, während die Beilegung eines Konfliktes die tiefer liegenden Interessen und Bedürfnisse abdeckt. Eine solche, auf die unterschiedlichen Konfliktdimensionen hindeutende Auslegung hätte Konsequenzen für die Frage der Geeignetheit der zu wählenden Verfahren. Nach der *Glas*'schen Eskalationstheorie wäre für eine Sachauseinandersetzung die Moderation das passende Verfahren⁵⁷⁴. Eine solche, am Begriff festzumachende, weitreichende Unterscheidung erscheint jedoch spitzfindig. Der Begriff der Konfliktbeilegung ist wie der Begriff des Konfliktes weit auszulegen und auf alle Konfliktdimensionen⁵⁷⁵, mithin auf Sach-, Beziehungs-, Werte-, Struktur- und Systemkonflikte zu erstrecken. Die begriffliche Anpassung erlaubt es, den Konflikt als Kriterium der Geeignetheit der Mediation heranzuziehen [763]. Die Einführung des Begriffs der Konfliktbeilegung mag schließlich den Hinweis geben, dass der Mediator *auch* zur Konfliktarbeit angehalten ist. Dies trägt dem Umstand Rechnung, dass einige Schulen die Phase drei als solche bezeichnen und dass die transformative Mediation [94] sich schwerpunktmäßig mit der Konfliktlösung, also der Arbeit am Konflikt, nicht am Problem befasst. Davon ausgehend, dass ein Streit nicht notwendigerweise ein Konflikt darstellt, ist eine Differenzierung nicht nur zur sprachlichen Klarheit, sondern

⁵⁷⁴ Siehe die zu den Eskalationsstufen passende Strategiemodelle auf Wikipedia (Begriff), Konflikteskalation_nach_Friedrich_Glas dl 26.3.2013

⁵⁷⁵ Siehe zur Einführung dieser Unterscheidungsmerkmale und Systematik Wikipediatio (Systematik)

auch zur korrekten Navigation durch das Verfahren geboten.

✍ Statt Streitbeilegung: Streit- und Konfliktbeilegung

[664] Hilfreich für die Stärkung und weitere Entwicklung der Mediation wäre auch die Verständigung auf neu eingeführte oder zu manifestierende Fachausdrücke wie z.B. die Geeignetheit [763], die Mediationsfähigkeit [417], die Verhandlungsbefugnis **Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.**, der Unterscheidung zwischen Mediations- und Verhandlungsgegenstand [884] usw.

Legaldefinitionen

[665] Die EU-RL definiert die Mediation als ein Verfahren, bei dem die Parteien mit Hilfe eines Mediators selbst versuchen eine Vereinbarung über die Beilegung ihrer Streitigkeit zu erzielen, wobei der Mediator eine dritte Person ist, die ersucht wird eine Mediation durchzuführen⁵⁷⁶. Zugegeben, es werden noch die Strukturiertheit, die Freiwilligkeit, die Eigenverantwortlichkeit, die Neutralität, die Unparteilichkeit sowie die Sachkunde und vor Allem die Wirksamkeit erwähnt. Im Kern bleibt es aber bei der Zirkeldefinition, wonach die Mediation ein Verfahren ist, das von einer Person durchgeführt wird, die eine Mediation durchführt. Die definitorische Extraktion belegt die Bedeutung der noch zu besprechenden Verfahrenseigenschaften, die das Gesetz als Tatbestandsmerkmale geadelt hat. Die Auseinandersetzung ist nicht nur zum Verständnis, sondern auch für die bessere Un-

⁵⁷⁶ Art 3 a und b EU-RL

terscheidbarkeit der Verfahren erforderlich. Der Gesetzgeber hat sich an der EU-Definition orientiert⁵⁷⁷, wenn auch mit geringfügigen, vielleicht aber nicht unwesentlichen Änderungen hinsichtlich des „Führens“ [711] und der „Sachkunde“ [956]. Das Ergebnis findet sich in § 1 Abs. 1 und 2.

Die Mediation

[666] Definitionsgemäß ist die Mediation ein vertrauliches und strukturiertes Verfahren, bei dem Parteien mit Hilfe eines oder mehrerer Mediatoren freiwillig und eigenverantwortlich eine einvernehmliche Beilegung ihres Konflikts anstreben. Die von den Juristen als Tatbestandsmerkmale bezeichneten gesetzlichen Kriterien sollen im Folgenden als Definitionsmerkmale erläutert werden.

Das Verfahren

[667] In der Rechtssprache bezeichnet ein Verfahren die Untersuchung zur Klärung eines rechtlich relevanten Sachverhalts⁵⁷⁸. Genau das ist die Mediation aber *nicht*. Besser wäre es, die Mediation als einen gelenkten Prozess des Verhandeln zu begreifen. Insoweit ist sie durchaus ein Verfahren. Ihr interdisziplinärer Ansatz erlaubt es jedoch, den Prozess nicht nur im juristischen [59], sondern auch im psychologischen Verständnis [60] zu begreifen. Hier bildet sich immer mehr die Vorstellung heraus, dass das Verfahren im juristischen Sinne eher den Rahmen vorgibt, in dem die Mediation im psychologischen Verständnis abläuft. Die logische Verknüpfung

⁵⁷⁷ Begründung S. 20

⁵⁷⁸ Duden (Verfahren)

zwischen den Verfahren untereinander und ihre Verbindung zur Methodik beschreibt die Containertheorie [104], über die sich das Verfahren [114] mediationskonform begreifen lässt [549][667]. In allen Fällen und Disziplinen beschreibt die Mediation einen *Vorgang* und mit ihm den mehr oder weniger genau definierten Ablauf eines Erkenntnisprozesses. Der Gegensatz zum Verfahren ist ein statisches Ereignis. Das ist die Mediation ganz sicher nicht. Sie ist eine *Entwicklung*, die auf mehreren Schritten aufbaut, und sich über ihre innere Logik (materielle Mediation) [60], das Prozedere (formelle Mediation) [59] oder beidem zusammen [58][61] erschließt.

Die Vertraulichkeit

[668] Die Vertraulichkeit wird als ein Tatbestandsmerkmal in den Vordergrund gerückt, obwohl es sich nicht um eine Verfahrenseigenschaft handelt. Das Prinzip ist eine typische⁵⁷⁹ Bedingung für das *Verfahren* [749]. Es korrespondiert mit dem Prinzip der Offenheit und dem der Informiertheit. Die Vertraulichkeit erlaubt es, die Mediation als einen Ort des geschützten Gesprächs zu widmen. **Der geschützte Raum ist notwendig, damit die Parteien sich *unverbindlich*, also *unvorsichtig* und *losgelöst von der Sorge vor Konsequenzen über die Bewertung von Fakten und darauf bezogene Lösungen äußern können*.** Deren Verbindlichkeit wird in der Mediation erst „in der letzten Sekunde“ mit der Abschlussvereinbarung hergestellt. Der Vertraulichkeitsgrundsatz besagt, dass die in der Mediation erhobenen und gewon-

⁵⁷⁹ Greger in Greger/Unberath Teil II § 1 Rdnr. 47 ff

nenen Informationen nicht in einem späteren Gerichtsverfahren oder sonst zum Zwecke der Konfrontation als Vorhalt oder Beweis verwertet werden sollen. Es geht also weniger um den Schutz der Medianden als um den der Mediation. **Die Mediation bedarf der Vertraulichkeit, um sich selbst zu schützen.** Wäre die Vertraulichkeit in der Mediation nicht gesichert, könnte das Verfahren zu einem Beweismittlungsverfahren missbraucht werden. Die Parteien würden sich auf die Mediation einlassen, um sich auszuforschen, nicht um eine Lösung zu finden. Die Mediation wäre wirkungslos. Ihr Ziel wäre verfehlt. Positiv formuliert geht es darum, den Parteien einen Gesprächsraum zur Verfügung zu stellen, der es ihnen erlaubt, die Interessen im Verständnis der Motive [35] offen zu legen. Leider beinhaltet das Bekenntnis der Interessen oft die Offenbarung von Angriffsflächen. Also werden sie verschwiegen. Ohne die Interessen zu offenbaren, können sie nicht zur Lösungsfindung beitragen. Die Mediation versucht alle relevanten Informationen in das Verfahren einzubeziehen. Also muss sie den Verwender davor schützen, dass seine Bereitschaft, Information preiszugeben, einen Schaden herbeiführt. **Ob und inwieweit ein solcher Schutz erforderlich ist, mag im Einzelfall zu verhandeln sein.** Damit die Mediation grundsätzlich nicht zu einem Instrument der Konfrontation missbraucht werden kann, muss sie den offenen Gesprächsraum so weit wie möglich schützen. Das ist idealiter der Fall, wenn keine der in der Mediation aufkommenden Informationen für die Konfrontation zu verwerten sind. Konkret ist zu verhindern, dass Tatsachen, die in der Mediation offenbart werden in einem Gerichtsver-

fahren gegen den Verwender benutzt werden können. Die Vertraulichkeit soll dies gewährleisten, indem sie nicht nur eine Verschwiegenheitspflicht begründet, sondern auch ein Beweisverwertungsverbot.

[669] Diese Anforderung im Blick haltend, ist die Vertraulichkeit im MediationsG eher unvollständig geschützt. Das MediationsG kennt lediglich die Verschwiegenheitspflicht *des Mediators* [911] [913]. Nicht erwähnt wird die korrespondierende Verschwiegenheitspflicht der Medianden oder gar der am Verfahren teilnehmenden Dritten [815]. Der Mediator muss überschauen können, wo „Sicherheitslücken“ auftreten können. Dabei muss er die gesamte Parteikonstellation [204] im Blick haben. Er hat die Parteien gegebenenfalls auf Lücken hinzuweisen, damit die MDV oder der MV dementsprechend ergänzt oder erweitert werden kann [942]. In jedem Fall kann und muss der Umfang der Vertraulichkeit von dem Mediator und den Medianden und gegebenenfalls den Vertragsparteien festgelegt und, falls erforderlich, vertraglich angepasst werden [913][951].

✎ Vertraulichkeit nicht angepasst (erweitert)

Die Strukturiertheit

[670] Die Strukturiertheit ist ein Wesensmerkmal der Mediation. In der Begründung⁵⁸⁰ heißt es: „Die Mediation als strukturiertes Verfahren folgt bestimmten Regeln ...“. Dann wird ausgeführt: „... Eine *weitere* Strukturierung ergibt sich aus den in § 2 MediationsG festgelegten Regeln“. Es sollte nicht der Eindruck entstehen, als könne

⁵⁸⁰ Begründung, S. 21

sich die Strukturierung aus einer Formalisierung erschließen. **Die Strukturiertheit der Mediation bezieht sich auf den Erkenntnisprozess.** Sie ist erforderlich, um die Komplexität der zu lösenden Fragen erfassen und bedenken zu können. Während die juristische Methode einen vorgefundenen *Sachverhalt* an abstrakt vorgegebene Regeln misst (Subsumtion), versucht die Mediation die Komplexität unverkürzt zu begreifen, nicht nur das auf Fakten reduzierte Problem, sondern getrennt davon auch den betroffenen Menschen einzubeziehen. Die Mediation erreicht die dafür notwendige Strukturierung durch eine gedankliche Ordnung⁵⁸¹. Ihr Ausgangspunkt ist die Phasenlogik. Sie entkoppelt das Denken an Positionen und Lösungen. In Phase zwei werden Themen getrennt der im Blick zu behaltenden Komplexität zugeordnet. In Phase drei werden Interessen von Positionen und Lösungen, gegebenenfalls sogar vom Sachverhalt abgelöst. Die Mediation sieht in die Zukunft, nicht in die Vergangenheit. Um den Blick in die Zukunft zu ermöglichen, werden Wahrnehmungs- und Kommunikationsebenen themenbezogen getrennt zurückgemeldet. Weiterhin werden Beziehungen und die jeweiligen Sichten darauf separiert. Beziehungsebenen werden getrennt wahrgenommen und schließlich auch die zur Qualifikation der jeweiligen Information erforderliche Metainformation. Ein Mediator *muss* in der Lage sein, eine derart präzise Wahrnehmung und Gedankenfolge vorzuhalten.

[671] Gemessen an der Strukturierung könnte die Behauptung, dass der Mediator bestrebt sein solle, den

⁵⁸¹ Ausführlich dazu *Trossen* (präzises Zuhören)

Blick über die verhärteten Positionen hinaus auf konstruktive Lösungen zu lenken⁵⁸² zu einem Mediationsfehler führen. Sie könnte zur Manipulation verleiten und derart missverstanden werden, als *habe* der Mediator eine andere Lösung herbeizuführen. Der Blick auf *andere* Lösungen setzt Bewertungen voraus, deren Grundlage in Phase drei zu finden sind und die der Mediator gerade nicht selbst vornehmen sollte [90]. Die Aufforderung könnte schließlich dahingehend missverstanden werden, als müsse der Mediator in die Lösungsphase hineindenken, auch wenn die Phasen zwei und drei [21] noch nicht abgeschlossen sind. Es ist eine kognitionspsychologische Anforderung an das Verfahren, *das* gerade *nicht* zu tun. Der Mediator sollte den Blick auf Einsichten lenken, *nicht* auf Lösungen. Spätestens in der transformativen Mediation [94] wäre der bewertende Blick auf Lösungen (Positionen sind auch Lösungen) ein grober Fehler. Richtig wäre, dass der Mediator die Sichtweisen der Parteien versteht, spiegelt und hinterfragt⁵⁸³. Wenn dies gelingt, folgt der Blick auf andere Lösungen aus dem Erkenntnisgewinn der Parteien, statt aus der Zuführung zu anderen Lösungen.

✎ Mediator lenkt den Blick auf Lösungen

Die „Hilfe“ des Mediators

[672] Der Wortlaut des Gesetzes erwähnt die *Hilfe* eines oder mehrerer Mediatoren. Worin die Hilfe genau besteht, wird nicht beschrieben. Juristisch betrachtet erge-

⁵⁸² Siehe Unberath in Greger/Unberath § 2 Rdnr. 141

⁵⁸³ Siehe präzises Zuhören

ben sich die Einzelheiten der Dienste, die der Mediator zu erbringen hat aus seiner vertraglich vereinbarten Dienstpflicht [342]. Das Tatbestandsmerkmal entspricht nur dann dem Wesen der Mediation [39], wenn die Hilfe mit Verstehensvermittlung gleichgesetzt wird. Es ist, wenn überhaupt, Hilfe zur Selbsthilfe. Zu Beginn der Mediationsbewegung gab es Kritik an dem Wort „Hilfe“. Es wurde diskutiert, ob nicht besser von Unterstützung zu sprechen sei. Dieser Begriff sei eher dazu geeignet, die Hilfe zur Selbsthilfe auszudrücken. Eine nicht gewollte Hilfe liegt vor, wenn der Mediator aktive Beiträge leistet und hilfreiche Vorschläge unterbreitet. Zu viel Hilfe könnte mit der erwarteten Eigenverantwortlichkeit der Parteien kollidieren und die Mediation schnell in eine Schlichtung verwandeln. Es obliegt dem Mediator, im Einzelfall zu entscheiden, wo Hilfsmaßnahmen noch mit der Mediation im Einklang stehen oder nicht.

✎ Übertriebene Hilfsbereitschaft

Die Freiwilligkeit

[673] Die Freiwilligkeit wird oft als das Motiv der Medianten zur Teilnahme hinterfragt [783]. Auffällig ist, dass der Gesetzgeber die Freiwilligkeit als Prinzip den Parteien und nicht als Eigenschaft dem Verfahren zugeordnet hat [38][39]. Die Freiwilligkeit ist beides und noch mehr. Ihr kommt eine zentrale Bedeutung zu. **Sie schützt nicht nur die Medianten, sie schützt auch die Mediation und mithin den Mediator!**

Machtausgleichsfunktion

[674] Die Freiwilligkeit hat in der Mediation deshalb eine so große Bedeutung, weil sie das Korrektiv der Parteien und zugleich das Druckmittel an die Gegenpartei ist, sich so zu verhalten, dass die andere Partei bereit ist, weiterhin an der Mediation teilzunehmen. Das Prinzip der Freiwilligkeit wird durch die Möglichkeit der sofortigen und jederzeit möglichen Kündigung garantiert. Die Freiwilligkeit unterstreicht letztlich die Macht der Medianten, ihre Autonomie einzufordern. Die Voraussetzung, Möglichkeit und Gestaltung der Kündigung ergibt sich aus dem Vertragsrecht und ist dort näher beschrieben [371]ff. **Auch der Mediator kann sich dieser Macht bedienen, indem er die Parteien auf die Balance verweist, die wegen der jederzeitigen Abbruchmöglichkeit der Mediation durch die jeweils andere Seite unausweichlich ist.**

Schutzfunktion

[675] Die Freiwilligkeit erlaubt es der Mediation, auf Vorschriften zu verzichten, wie sie beispielsweise im Zivilgerichtsverfahren erforderlich sind [180]. Durch das Prinzip der Freiwilligkeit (jederzeitige Kündigung) sind die Medianten jederzeit hinreichend vor Missbrauch geschützt.

Bereitschaftsfunktion

[676] Die Freiwilligkeit ist eine immanente Bedingung für jede Vereinbarung. Mithin ist die Freiwilligkeit bereits für den Abschluss des MV und der MDV vorauszusetzen

und mit dem jeweiligen Vertragsabschluss implizit erklärt. Das Gleiche gilt für die Abschlussvereinbarung. Es gibt keinen unfreiwillig geschlossenen Vertrag und falls doch, dann ist er willensmängelbehaftet und deshalb (schwebend) unwirksam oder anfechtbar. Die in der Mediation zu erzielende Vereinbarung soll ohne Willensmängel sein. Diese Anforderung leitet sich aus dem zu erzielenden Konsens her.

[677] Es gibt viele, teilweise philosophische Abhandlungen zur Frage der Freiwilligkeit in der Mediation. Ist die Freiwilligkeit noch gewährleistet, wenn der Richter die Parteien in eine Mediation schickt? Ist sie gegeben, obwohl Druck auf die Parteien ausgelöst wird, eine Mediation durchzuführen? Muss sich der Mediator mit solchen Fragen überhaupt auseinandersetzen? Freiwillig bedeutet: Aus eigenem freien Willen⁵⁸⁴. *Äußerlich* drückt sich die Freiwilligkeit zur Teilnahme an einer Mediation bereits dadurch aus, dass die Partei körperlich anwesend ist. Die Willensfreiheit ist ein nicht hinwegzudenkender Aspekt der Willenserklärung. Erfolgt eine Willenserklärung unter einer Willensbeeinträchtigung, kann die Partei von ihr entbunden werden. In dem Verständnis ist Freiwilligkeit nur dann zu bejahen, wenn die Einwilligung nicht in einer Zwangslage oder unter Druck getroffen wurde. Davon ist auszugehen, wenn die Partei den Vertragsabschluss ohne die Befürchtung von Sanktionen verweigern kann. Freiwilligkeit wird auch noch bejaht, wenn die zuvor erteilte Einwilligung folgenlos widerru-

⁵⁸⁴ Duden (Wille)

fen werden kann⁵⁸⁵. Es kommt darauf an, dass den Medianden eine (gefühlte) andere Wahl bleibt, als ihre Zustimmung zu erteilen. Diese ist gegeben, wenn dem Medianden die jederzeitige Kündigungsmöglichkeit i.S.d. § 2 Abs. 5 bewusst ist.

✎ Fehlende Angaben zur Kündigungsmöglichkeit

[678] Umgekehrt ist zu fragen, ob und inwieweit sich der Mediator für die *innere* Freiwilligkeit interessieren sollte. Die Medianden werden stets einen Druck empfinden, der sie bewegt, an der Mediation teilzunehmen. Schon die Tatsache mit dem Gegner an einem Tisch zu sitzen, mag Druck ausüben. Auch der sich mehr und mehr aufbauende Erwartungsdruck und die auch von Mediatoren herausgestellten prozessualen Nachteile eines Gerichtsverfahrens [387]ff. haben eine Wirkung. Letzten Endes kommt es darauf an, dass die Partei bereit ist, zu verhandeln und nach einer Lösung zu suchen. Wie sie dazu motiviert wird ist für das Verfahren irrelevant⁵⁸⁶.

[679] Die Motive des Streitens und mithin gegebenenfalls die Motive, sich auf die Mediation einzulassen, sind weniger für das Verfahren als für die Konfliktanalyse und die Interessenfindung in Phase drei von Bedeutung. Sie werden im Kognitionsprozess der Mediation ohnehin thematisiert. **Mithin stellt die Mediation die Bereit-**

⁵⁸⁵ [http://www.bfdi.bund.de/bfdi_wiki/index.php/Einwilligung
Datenschutzwiki](http://www.bfdi.bund.de/bfdi_wiki/index.php/Einwilligung_Datenschutzwiki) (abgelesen am 1.8.2012)

⁵⁸⁶ Die integrierte Mediation hat eine Migrationsstrategie entwickelt, die unter Anwendung der Panikforschung gezielt Hindernisse aufbaut, um den Weg in die Kooperation leichter zu gestalten als den naheliegenden Weg in die Konfrontation. Siehe Wikipediaion (Migrationsstrategie)

schaft zur Mediation selbst innerhalb des Verfahrens her⁵⁸⁷. Druck und Zwang werden deshalb nur dann zu einem den Erfolg der Mediation ausschließenden Hindernis, wenn der subjektiv empfundene Druck so groß ist, dass es den Parteien nicht mehr möglich ist, sich mit dem Verfahren auseinanderzusetzen. Die einzufordernde *Verhandlungsbereitschaft* beschreibt den Kooperationswillen.

Verhaltensfunktion

[680] Ein weiteres Phänomen, das der Mediator bedenken sollte, ist die Authentizität des Verfahrens und seiner selbst. Die Mediation ist in ihrem Wesen ein freiwilliges und wertfreies Verfahren. Sie erlaubt Widersprüche und andere Meinungen. Sie ist ergebnisoffen. Die Parteien müssen deshalb die Freiheit haben, sich dafür zu entscheiden, ihre Positionen nicht in Frage zu stellen und die Suche nach anderen Lösungen zu verweigern, ohne dass sie dies zu rechtfertigen haben. Fragen nach den Gründen sind erlaubt. Vorhaltungen und Belehrungen indes passen nicht zur Mediation. Sie werfen die Frage auf, ob der Mediator die Mediation korrekt und stimmig repräsentiert. Hierzu und zur Problematik, wann und wie die Freiwilligkeit zu prüfen ist, finden Sie Ausführungen bei der Kommentierung zu § 2 Abs. 2 unten [783].

Eigenverantwortlichkeit

[681] Verantwortung ist die Übernahme der Sorge, dass alles einen möglichst guten Verlauf nimmt und das Rich-

⁵⁸⁷ *Trossen* (Alternative)

tige getan wird. Eigenverantwortlichkeit ist demnach die Übernahme der Sorge für und durch sich selbst. Die Eigenverantwortlichkeit ist eine Bedingung zur eigenverantwortlichen Suche nach einer Lösung. Sie wird auch zum Maßstab für das Verhalten des Unterstützers. Trotzdem ist die Eigenverantwortlichkeit kein geeignetes Abgrenzungskriterium etwa zur Schlichtung⁵⁸⁸ [67]. Das Gesetz jedenfalls verbietet es dem Mediator nicht, Vorschläge zu unterbreiten, solange die Verantwortlichkeit für die Entscheidung bei dem Mediator verbleibt [682][525].

[682] Auf den ersten Blick zumindest erscheint es als ein Widerspruch, wenn den Mediator in Abs. 1 zwar Eigenverantwortlichkeit zugemutet wird während der Mediation schon im Abs. 2 mit einer Führungsposition ausgestattet wird [711]. Wenn das Gesetz erwartet, dass die Mediator die Lösung eigenverantwortlich *herbeiführen*, bezieht der Gesetzgeber dieses Merkmal zumindest auch auf das Verfahren. Tatsächlich bedient die Eigenverantwortlichkeit mehrere Aspekte.

1. Einmal geht es darum, Verantwortung für den eigenen Konfliktbeitrag zu übernehmen;
2. Dann geht es darum, die Verantwortung für das Ergebnis zu übernehmen;
3. Schließlich geht es darum, die Verantwortung für das Sich-einig-werden zu übernehmen.

[683] Als Faustregel mag gelten: **Je weiter die Verantwortung für das Verfahren und für das Ergebnis auseinanderfallen, desto geringer ist die Bereitschaft,**

⁵⁸⁸ Begründung Seite 14

für das Ergebnis eintreten zu wollen. Der Mediator ist gut beraten, wenn er den Medianden ihre Verantwortung für das Verfahren nicht nur verdeutlicht, sondern auch überlässt. Die Verantwortlichkeit der Parteien ist gegen die des Mediators allerdings abzugrenzen [709]ff.

[684] Nicht zu übersehen sind die Ausstrahlungen der Eigenverantwortung auf außerprozessuales Verhalten. Der Mediand würde die Verantwortung zur kooperativen Konfliktbeilegung nicht wahrnehmen, wenn er sich nicht auch außerhalb der Mediation an die Waffenruhe gebunden fühlt. Weiterhin muss er sich im Klaren darüber sein, dass beispielsweise die Überwachung von Fristabläufen seiner außerprozessualen Eigenverantwortung unterliegt. Der Mediator ist gut beraten, darauf explizit hinzuweisen und gegebenenfalls das außerprozessuale Verhalten in die Vereinbarungen einzubeziehen.

▢ Außerprozessuales Verhalten vereinbaren

Einvernehmliche Beilegung ...

[685] Das erklärte und mit den Medianden zu vereinbarendes Ziel der Mediation soll eine einvernehmliche Konfliktbeilegung sein. Die so formulierte Zielvorgabe ist ungenau. Präziser wird sie, wenn zwischen dem Ziel und dem Ergebnis unterschieden wird. **Das (primäre) Ziel der Mediation besteht darin, eine Win-Win-Lösung zu finden.** Die Mediation ist ein „Suchspiel“. Es geht darum eine Lösung zu suchen, die optimal dem erwartenden Nutzen entspricht oder wenigstens besser ist, als die ansonsten mögliche. Nur wenn eine solche Lösung gefunden wurde, kommt es zur MAV.

[686] Die Abschlussvereinbarung [457] markiert diesen Fund nicht nur, sie manifestiert ihn auch. Es macht durchaus Sinn zwischen dem Ziel (Lösungsfindung) und dem Ergebnis, der MAV, als Folge der Lösungsfindung zu unterscheiden. Manchmal bedarf es keiner MAV. Ein anderes Mal bedarf es eines rechtlich aufwändigen Vertrages. Dieser stellt dann bereits die Umsetzung des Ziels dar. Die Unterscheidung ist nicht nur praktikabel, sie ist auch wichtig, weil sie dazu beiträgt, den Erfolg [724] der Mediation präziser einzuschätzen und den Fokus des Mediators eher auf das Finden einer Lösung als auf die Herbeiführung einer Vereinbarung zu lenken. **Die Vereinbarung setzt eine Lösungsfindung voraus.** Mithin besagt die bloße Tatsache einer Einigung noch lange nichts darüber aus, ob und in welchem Umfang damit auch eine Problem- oder Konfliktlösung eingetroffen ist. Sie erlaubt nicht einmal die Unterscheidung zwischen Kompromiss und Konsens, denn auch ein Kompromiss ist eine einvernehmliche Konfliktbeilegung.

□ Ziel ist das Finden einer einvernehmlichen Lösung

[687] Die Konfliktbeilegung schließt zumindest begrifflich eine damit einher gehende Konfliktlösung nicht aus [662]. Es gibt jedoch einen qualitativen Unterschied. Während die Konfliktbeilegung lediglich den Fortgang des Konfliktes abbricht, strebt die Konfliktlösung eine Transformation des Konfliktes, mithin seine Auflösung an. Eine einvernehmliche Konfliktbeilegung bedeutet deshalb nicht mehr, als die gemeinsam und übereinstimmend erklärte Feststellung der Parteien, dass sie ihren Streit nicht fortsetzen werden. Wie die Beendigung

herbeizuführen ist und welche Wirkung ihr zugedacht wird, besagt das Gesetz nicht. Allerdings deutet das Einvernehmen auf einen kooperativen Prozess hin, der sich über die „Spieldefinition“ mithin die Zielsetzung herbeiführen lässt [733]. **In diesem Verständnis entspricht die Abschlussvereinbarung dem Wesen der Mediation nur dann, wenn sie einen Konsens und keinesfalls einen Kompromiss abbildet.**

Anstreben

[688] Erwartet wird, dass die Parteien eine einvernehmliche Konfliktbeilegung *anstreben*. Die Formulierung sollte nicht darüber hinweg täuschen, dass Einvernehmen nicht lediglich hinsichtlich des Ergebnisses erforderlich ist, sondern auch hinsichtlich des Verfahrens. Das *Anstreben* ist vom *Erreichen* zu unterscheiden. Die Formulierung entspricht dem Charakter eines Dienstvertrages, wo der Erfolg anders als beim Werkvertrag *nicht* geschuldet ist. Der Gesetzgeber lässt offen, ob die Mediation in einer Abschlussvereinbarung endet oder nicht. Das Einig sein über die Beendigung genügt. Der Gesetzgeber würdigt mit dieser Formulierung, dass die erfolgte Einigung kein Wesensmerkmal der Mediation sein kann.

Konflikt

[689] Das Gesetz erwartet, dass die Medianden *ihren* Konflikt beilegen. Damit wird der Konflikt als ein Element der Geeignetheit [763] der Mediation vorgegeben. **Die Mediation ist das statthafte Verfahren, wenn es um die Beilegung von sozialen Konflikten geht.**

[690] Definitionsgemäß ist es noch immer unklar, was ein Konflikt überhaupt ist [662]. *Glasl* spricht sogar von einer Inflation des Konfliktbegriffes⁵⁸⁹. In der Mediation ist oft von *der* Konflikttheorie die Rede⁵⁹⁰. De Facto gibt es viele Konflikttheorien⁵⁹¹. Wie bereits dargelegt [662], ist der Begriff des Konfliktes weit auszulegen. Es macht durchaus Sinn, auch die Sachauseinandersetzungen (Streit) als (rationale) Konflikte zu begreifen [662]. Die dann mit den Mediatoren zu vereinbarende Tiefe der Konfliktbearbeitung bestimmt die Wahl des Mediationsmodells [81].

✎ Fehlende Vereinbarung zur Konfliktbearbeitungstiefe

Sozialer Konflikt

[691] Der Wortlaut des § 1 und die §§ 2 und 3 erwähnen „die Parteien“ oder „alle Parteien“. Der Parteibegriff wird ausschließlich im Plural verwendet. In der Begründung des Gesetzesentwurfs wird behauptet, die gesetzliche Formulierung ließe es offen, wie viele Parteien an einer Mediation beteiligt seien. Leider stimmt das nicht, wenn das Gesetz - wie sich ebenfalls aus der Begründung ergibt - davon ausgeht, dass es sich um mindestens zwei Parteien handeln muss. Damit spricht das Gesetz ausschließlich die sozialen Konflikte an. Sie entstehen im Miteinander und betreffen mindestens zwei Personen. Nach *Glasl* stellt ein sozialer Konflikt eine Interaktion zwischen sog. Akteuren dar, bei dem die Meinungen, Werte, Gefühle und oder Ziele der Akteuren als miteinander unvereinbar

⁵⁸⁹ *Glasl* (2011), S. 14

⁵⁹⁰ So auch Drucksache 17/8058, Seite 19

⁵⁹¹ *Glasl* (2011), S. 53

wahrgenommen werden und sich gegenseitig behindern⁵⁹².

Psychischer Konflikt

[692] Vom sozialen Konflikt ist der psychische Konflikt zu unterscheiden. Psychische Konflikte sind solche, die innerhalb einer Person zum Tragen kommen und nicht nach außen gezeigt werden. Diesen Konflikt wickelt eine Partei mit sich selbst ohne Außenwirkung ab. Die Mediation könnte auch mit solchen Konflikten umgehen. Wenn Konflikte das Zusammentreffen widersprüchlicher Interessen sind, dann ist die Mediation als ein Verfahren, das hervorragend gut mit Widersprüchen zu Recht kommt, auch für solche Fälle einschlägig. Es wäre also auch möglich, die Mediation bei nur einer Partei durchzuführen, um den inneren Konflikt dieser Person zu mediieren. Das MediationsG hat psychische Konflikte nicht im Blick. Sie sind der Mediation somit zunächst verschlossen. Allerdings kann sich ein innerer Konflikt ohne weiteres auf das Verhalten anderer auswirken und deren Entscheidungen beeinflussen. Beispiel: Ein Ehegatte ist mit sich im Unreinen, ob er an der Beziehung festhalten will oder nicht. Er hat einen inneren Konflikt, der Ausstrahlungen auf den anderen Ehegatten nimmt und sich somit zu einem sozialen Konflikt ausweitet. Wird der innere Konflikt gelöst, löst sich der soziale Konflikt. Der Mediator muss entscheiden, wie er in dem Fall optimaler Weise vorgeht. Zweifellos hat er den inneren Konflikt wenigstens zu identifizieren und zu thematisieren.

⁵⁹² Glasl (2011), S. 17

Anwendungsbereich

[693] Die pluralistische Verwendung des Parteibegriffs ist insofern konsequent, als sie die Mediation als ein triadisches Verfahren [64] etabliert. Dort, wo die Mediation mit nur einer Person durchgeführt werden kann, rückt sie in die Nähe der dyadischen Verfahren. Formal betrachtet liegt sie im Bereich der Beratung, des Coachings oder der Therapie. Hier wäre die Mediation also kein Verfahren i.S.d. MediationsG (formelle Mediation) kann aber durchaus als Methode (materielle Mediation) auch in solchen Verfahren anwendbar bleiben.

[694] Der Umgang mit inneren Konflikten ist durchaus auch ein Thema in der Mediation. Wichtig ist, dass der Mediator die Konflikte auseinanderhält und als solche ansprechbar macht. Da Einzelgespräche möglich sind, ergibt das Gesetz, dass zumindest in Teilen der Mediation auch solche Konflikte angegangen werden können. Aus psychologischer Sicht steckt natürlich in jedem Konflikt, ob sozial oder vermeintlich rational, immer eine innere Erregung, die meist auf dem Hintergrund eines Überschreitens einer individuellen Komplexitätsgrenze, wieder das besagte schwarz-weiss-Bewußtsein zu Tage fördert. Somit geht jeder gelungenen Mediation ein Bearbeiten des inneren Konfliktes voraus. Meist findet dieser Teil der Mediation, oft selbst vom Mediator un bemerkt, in dem Kontaktaufnahmegespräch statt und durch das Vertrauen das die Medianden der Assoziation "Mediator" schenken. Es keimt sozusagen durch die Auswahl des Mediators und dessen erlebter/erhoffter Unparteilichkeit eine Hoffnung auf, den inneren und äußeren

Konflikt beilegen und damit auch wieder eine gelassene innere Haltung einnehmen zu können. Der Mediator hat in dieser, ihm nur zugeschriebenen Funktion und Rolle eine Katalysatorenfunktion für den Abbau innerer Konflikte.

Der Mediator

[695] Ganz nach dem Vorbild der EU-Richtlinie und stimmig zur Verortung der Mediation als triadisches Verfahren [64] wird die Mediation über den Dritten, den Mediator definiert. § 1 Abs. 2 besagt:

(§ 1 MediationsG Abs. 2)

Ein Mediator ist eine unabhängige und neutrale Person ohne Entscheidungsbefugnis, die die Parteien durch die Mediation führt.

[696] Wie bereits in der EU Richtlinie führt auch der Definitionsansatz des MediationsG zu einem Zirkelschluss. Dennoch war es richtig, sich an die Definition der EU-RL zu halten; schon, um den internationalen Wirkungsbereich der Mediation nicht aus den Augen zu verlieren und eine möglichst gleichförmige Definition zu erhalten. Art 3 der EU-RL besagt schlicht: Ein Mediator ist, wer eine Mediation durchführt, wobei die Mediation ein Verfahren ist, das von einem Mediator geführt wird. **§ 1 Abs. 2 ergibt eine funktionale Sicht auf die Rolle des Mediators.** Die Vorschrift beschreibt seine Stellung im Verfahren, woraus sich seine Verantwortlichkeit ergibt [716]. Sie ist juristisch von dem Mediator als Stellung im Beruf, also von seiner Berufsrolle [557] zu unterscheiden und

begrifflich sogar von seiner sozialen Rolle als Vermittler [139]. Nicht nur für die Beschreibung der Funktionalität sondern auch für das Verständnis von Mediation ist die Festschreibung der nachfolgend aufgeführten weiteren und auf den Mediator bezogenen Prinzipien [488] von besonderer Relevanz.

Die Unabhängigkeit

[697] Die Unabhängigkeit ist durchaus zumindest auch ein Merkmal der Funktionalität, denn sie ergibt den Handlungsspielraum des Mediators. Das Gesetz verlangt zu Recht seine Unabhängigkeit. Obwohl die Unabhängigkeit als ein verfassungsrechtlich geschütztes Institut des Richters (Art. 97 Abs. 1 GG, § 1 GVG, § 25 DRiG) bekannt ist, scheint der Gesetzgeber sich eher an dem des Anwaltsrechts zu orientieren. Die Begründung zum Gesetzesentwurf führt aus⁵⁹³: „Die in § 1 Abs. 2 normierte Unabhängigkeit ist vor allem personenbezogen zu verstehen. Sie betrifft in erster Linie die *persönliche* Unabhängigkeit von den Parteien ... Mediatorinnen und Mediatoren dürfen jedoch keinerlei Weisungen einer Mediationspartei unterliegen“. Die Vorschrift soll Dienste höherer Art ermöglichen [569] und den Mediator davor schützen, dass die Parteien ihn anweisen, Handlungen vorzunehmen, die es ihm unmöglich machen, die versprochene Leistung zu erbringen.

[698] Nicht der Wortlaut des Gesetzes, aber seine Begründung relativiert die Unabhängigkeit, indem sie auf parteiliche Anweisungen bezogen wird. Konsequenz muss die

⁵⁹³ Begründung Seite 21

Unabhängigkeit ausgeweitet sein und den Mediator, ähnlich der richterlichen Unabhängigkeit, auch vor sonstigen Einflüssen schützen. Sie sollte insbesondere auch den Fall der Donatormediation [140] im Blick haben, wo Auftraggeber und Medianden nicht personenidentisch sind und der Mediator direkt oder indirekt verpflichtet sein mag, die Interessen des Auftraggebers zu beachten oder den von ihm vorgegebenen Rahmen einzuhalten. Der Mediator muss auch dann unabhängig von Weisungen sein, wenn er etwa in einem Arbeitsverhältnis steht. Das ist bei Mediationsfirmen, Partnergesellschaften oder bei innerbetrieblichen Mediationen der Fall, oder wenn ein im Unternehmen bereitgestellter Mediator tätig werden soll. Auch die Shuttle-Mediationen der Rechtsschutzversicherungen [146] unterfallen dieser Kategorie. Gerade sie belegen, dass es nicht genügt, den Mediator von der Weisungsgebundenheit zu befreien. Damit er wirklich unabhängig, fach- und fallbezogen handeln kann, muss er auch vor Repressalien geschützt werden, damit er nicht gezwungen werden kann, Fremdinteressen zu befriedigen. Um der Mediation gerecht zu werden, sollte die Unabhängigkeit des Mediators absolut verstanden werden und einen Schutz vor Repressalien enthalten.

☞ Unabhängigkeit stärken (Schutz vor Repressalien)

[699] Sieht man die Unabhängigkeit des Mediators in dem hier beschriebenen Umfang als gegeben an, dann ergibt sich für ihn aus § 3 Abs. 1 die **Pflicht, Einschränkungen, Vorgaben und Weisungen des Donators und Auftraggebers offen zu legen** [790].

[700] Die Weisungsunabhängigkeit des Mediators begründet keine Weisungsabhängigkeit der Medianden. Ordnet der Mediator also einen Verfahrensschritt an, den die Parteien nicht mitgehen wollen, dann kann er auch nicht gegen den Willen der Parteien durchgesetzt werden. Das Gesetz ermöglicht die Verweigerung der Parteien und die des Mediators in § 2 Abs. 5 durch das jederzeitige Recht, die Mediation zu beenden.

Die Neutralität

[701] Die Neutralität korrespondiert mit der Technik der triadischen Brückenfunktion. **Neutralität bedeutet in der Mediation die Vermittlung des Verstandenen ohne eigene Bewertungen.** Das Verstehen und Vermitteln des Verstandenen wird nicht mehr möglich sein, sobald einer der Medianden das Gefühl hat, der Mediator sei nicht neutral. Sieht er ihn als parteiisch, dann empfindet er ein Ungleichgewicht und sieht sich kaum noch in der Lage, auf gleicher Augenhöhe zu verhandeln. Des Weiteren wird er den Ausführungen des Mediators nicht mehr unbefangen zuhören können. Die für die Lösungsfindung oft notwendige Korrektur von Sichtweisen und Gedanken kann nicht mehr gelingen.

[702] Um die Neutralität zu schützen, verpflichtet der Gesetzgeber den Mediator in § 3 Abs. 1 alle denkbaren Gründe, die der Neutralität im Wege stehen könnten, offen zu legen [790]. Solche Gründe können alle Tatumstände und Hintergründe sein, die den Mediator als dem einen Medianden näher stehend ansehen lassen. Beispiel: Der Mediator ist mit einem der Medianden bekannt, befreundet, verwandt, verschwägert, er ist in der gleichen

Partei, er hat die gleichen Leidenschaften und Interessen, usw. In Betracht kommen auch einseitige, intensive Vorgespräche etwa im Zusammenhang mit der Beratung, wie die Gegenseite zur Mediation motiviert werden kann.

[703] Die Neutralität ist nicht nur aus der Sicht des Mediators zu beurteilen. Fühlt er sich befangen, dann hat er die Mediation abubrechen. Das Gefühl der Befangenheit geht in der Mediation weiter als in etwa einem Gerichtsverfahren. Während dort die *sachliche* Unbefangenheit genügt, kann es in der Mediation auch auf *emotionale* Umstände ankommen. Es wird dem Mediator kaum gelingen, die Frage einer ehelichen Schuld etwa beim Fremdgehen neutral zu bewerten, wenn er selbst gerade in einer solchen Frage emotional betroffen ist.

[704] Außer der Selbstsicht des Mediators ist die Sicht der Parteien maßgeblich. Es kommt nicht darauf an, ob sich der Mediator objektiv neutral verhalten hat oder nicht. Es genügt, wenn die Partei den *subjektiven* Eindruck gewonnen hat und es dem Mediator nicht möglich ist, diesen Eindruck zu korrigieren. Zu Recht konnte der Gesetzgeber hier auf eingehende Regulierungen, vergleichbar etwa mit der Besorgnis der Befangenheit, verzichten. Anders als im Gerichtsverfahren hat die Partei jederzeit die Möglichkeit, ihre Konsequenzen durch Beendigung der Mediation zu ziehen.

[705] In der Mediation wird die Neutralität oft mit dem Prinzip der Allparteilichkeit in Verbindung gebracht. **Mit der Allparteilichkeit wird die Balance zwischen den Medianden (gleiche Augenhöhe) hergestellt.** Auch die Allparteilichkeit ist ein Prinzip der Mediation. Sie macht

jedoch deutlich, dass der Mediator sich ressourcenabhängig verhalten darf, kann und soll. Die Allparteilichkeit kommt in § 2 Abs. 3 des MediationsG zur Geltung und wird dort näher erläutert [792].

Die Indetermination

[706] Das Gesetz spricht von der „fehlenden Entscheidungsbefugnis“. Dass der Mediator eine Person ohne Entscheidungsbefugnis sein soll, wird oft als eine *conditio sine qua non* verstanden. Sie wird unterstellt, um die Äußerungsbereitschaft der Parteien, mithin ein offenes Gespräch, zu ermöglichen. Möglicherweise ist das der Grund, warum der Gesetzgeber die Offenheit nicht als ein eigenständiges Prinzip vorgesehen hat. Offenheit würde den für die Mediation notwendigen Gesprächscharakter beschreiben. Die mangelnde Entscheidungsbefugnis kann dies dagegen nicht, wenigstens nicht aus sich selbst heraus. Sie beschreibt einen strategischen Aspekt, indem sie das zur Mediation passende Kommunikationsmodell [74] abrufen. Die Offenheit hingegen ist keine zwingende Folge der mangelnden Entscheidungsbefugnis. Sie ist eine Folge der in der Mediation aufzubauenden Vertrauensbeziehung [738]. Dass die fehlende Entscheidungsbefugnis nicht das ausschlaggebende Kriterium für die Offenheit ist, mag das Beispiel eines Kindes belegen, das Unrechtes getan hat. Das Kind wird der Mutter beichten, obwohl es mit Strafe zu rechnen hat. Es wird nicht beichten, wenn es damit rechnen muss, dass es ungerechtfertigt bestraft wird, dass die Mutter ihm erst gar nicht zuhört oder wenn es gar erwartet, dass die Mutter es nicht versteht.

[707] Konsequentermaßen mündet die Ergebnisoffenheit in der Indetermination des Mediators. Die Indetermination besagt, dass der Mediator nicht nur keine Entscheidungen trifft, sondern dass er sich darüber hinaus jeglicher bestimmender (meinungsbildender) Einflussnahmen auf die Lösungsgestaltung enthält. Die Indetermination ersetzt das Prinzip der fehlenden Entscheidungsbefugnis und geht darüber hinaus. Es ergänzt das Gesetz, das zwar die fehlende Entscheidungsbefugnis des Mediators heraus stellt, seine mangelnde Beratungsbefugnis aber nicht. Das ist ungewöhnlich, weil beratende Einflüsse ebenso wie lösungsbegründende Vorschläge des Mediators [525] durchaus dazu führen können, dass die Parteien den Mediator mehr und mehr als Meinungsbildner ansehen und benutzen. Ein solches Partieverhalten passt in die Streitentscheidung oder die Schlichtung. Das mit der Mediation zu verwirklichende Kommunikationsmodell [74] wird verfälscht. Festzuhalten ist, dass nicht nur die Entscheidungsbefugnis, sondern jede Form der Übernahme inhaltlicher Verantwortung die Medianten dazu anhält, den Mediator dahingehend zu manipulieren, ein für sie günstigeres Votum zu vertreten. Ein solches Ansinnen wird von vorne herein verhindert, wenn der Mediator klarstellt, dass er in keiner Weise für die Sachbearbeitung zuständig ist, weshalb er sich generell von der Entscheidung *und* der (meinungsbildenden) Bewertung von Sachfragen (zumindest bis zur Lösungsfindung) distanziert.

☞ Indetermination statt fehlende Entscheidungsbefugnis

[708] Um diesen Effekt zu unterstreichen, wäre es für die Parteien gegebenenfalls eindeutiger, wenn der Mediator bereits von Gesetzes wegen von jeglicher Haftung freigestellt wird. Dann würde den Parteien deutlich vor Augen geführt sein, dass nur sie die Verantwortung über die Inhalte und die zu treffende Entscheidung zu tragen haben und dass sie sich weder an der Meinung des Mediators orientieren noch diese beeinflussen können.

✍ Gesetzliche Haftungsfreistellung des Mediators

Die Führung des Mediators

[709] Das Wort *Führen* ist für die Mediation unglücklich gewählt. Auch weicht es von der Definition in der EU-RL ab. Dort ist der Mediator eine dritte Person, die ersucht wird, eine Mediation auf wirksame, unparteiische und sachkundige Weise *durchzuführen*⁵⁹⁴. Das englische Wort lautet „conduct“, das allerdings auch als führen übersetzt wird. Eine Durchführung bezeichnet die Verwirklichung, die auch ein *Begleiten* sein kann. Begleiten passt besser zu der einzufordernden Mitverantwortung der Parteien [683]. Natürlich können die Medianden diese Verantwortung nur begrenzt wahrnehmen, wenn sie das Verfahren nicht kennen. **Die daraus folgende Konsequenz ist aber nicht, den Parteien die Verantwortung zu nehmen, sondern sie ihnen zu geben.** Für den Mediator ergeben sich zwei Konsequenzen: Einmal muss er sich vergewissern, was die Parteien von der Mediation verstanden haben [783]. Zum anderen hat er das Verfahren so transparent und nachvollziehbar wie möglich zu gestal-

⁵⁹⁴ Art 3 b EU-RL

ten, damit die Parteien ein Maximum an (Mit-) Verantwortung (auch für das Verfahren) übernehmen können.

✎ Verfahrensintransparenz

[710] Im Zweifel kennen die Parteien das Verfahren nicht. Auch werden sie dazu neigen, das Verfahren aus der Perspektive des Betroffenen zu bewerten, wenn verfahrensbezogene Entscheidungen zu treffen sind. Damit besteht eine latente Gefahr, die neutrale Metaebene, also den in Phase eins gesetzten Rahmen, zu verlassen. Hier setzt die Verantwortung des Mediators ein. Der Mediator und die Medianden bilden eine Art Gefahrengemeinschaft. Sie mag mit der Metapher beschrieben sein, wo sich alle Prozessteilnehmer in einem Boot sitzend wiederfinden⁵⁹⁵. Die Bootsinsassen sind darauf angewiesen, das kleine Boot gemeinsam über den Ozean zu steuern. Unterwegs gibt es Flauten und schwieriges Gewässer zu überwinden. Bei allem kommt es darauf an, Land zu finden. Wie sie das machen, hängt vom Boot, von den im Boot sitzenden Persönlichkeiten, von der Navigation und den Umweltbedingungen, also die Gefährlichkeit des Gewässers ab. Der Mediator hat dies alles einzuschätzen, wenn er dazu beitragen will, dass das Boot ein Ziel erreicht. Wenn das Boot das Verfahren ist, dann kann die Verantwortung für das Verfahren nur eine gemeinsame Verantwortung sein, bei der man sich über eine Arbeitsteilung verständigt. Wenn der Kognitionsprozess hinter der Mediation verstanden wird, dann weiß der Mediator, dass die Mediation einen Flow⁵⁹⁶ entwickelt, aus dem

⁵⁹⁵ Wikipediation(Tour)

⁵⁹⁶ Wikipediation (Flow)

heraus sich die Lösung von den Parteien selbst herstellen lässt. Der entscheidende und unterstützende Einfluss des Mediators ist es, den Flow zu erkennen und die Parteien in dem Flow zu halten. Damit relativiert sich, was unter Führen zu verstehen ist. Auch wird deutlich, dass die Vorgehensweise nicht stereotyp ablaufen kann, sondern sich auf die jeweilige Situation, die Umfeldbedingungen und die Persönlichkeiten der Bootsinsassen einzulassen hat.

✎ Parteien werden nicht „ins Boot geholt“

[711] *Führen* kommt aus dem Mittelhochdeutschen *viëren*, dem Althochdeutschen *fuoren* und hat verschiedene Bedeutungen. Sie reichen vom schlichten Weg aufzeigen bis hin zur verantwortlichen Leitung. In Verbindung mit dem Mythos⁵⁹⁷, der Mediator sei für das Verfahren verantwortlich, wird das Führen allzu gerne mit einer Direktionsbefugnis gleich gesetzt. Ganz abgesehen davon, dass eine solche Befugnis einer irgendwie gearteten Rechtsgrundlage bedarf, birgt sie die Gefahr, dass sich der Mediator veranlasst sieht, selbst Einfluss zu nehmen. Führen bedeutet, Menschen zum Folgen zu bewegen. Wer aber sagt, dass der Mediator der vorweg Gehende ist? Immerhin hat er selbst doch *kein* Interesse an der Lösung. Als Führer würde seine Rolle allzu stark exponiert, wodurch das zur Mediation passende Kommunikationsmodell [74] in Frage gestellt wäre. Auch Effekte wie das durch kleine Einigungsserien hervorgerufene Konsenstraining gingen verloren [219]. Zu bedenken ist schließlich, dass der Grad des Führens abhängig ist von

⁵⁹⁷ Wikipediotion (Falsche Mythen)

der Konflikteskalation. Wenn Führen bedeutet, den Weg aufzuzeigen, dann kommt dies mit der erwarteten Haltung des Mediators näher in Verbindung, umso mehr, wenn es dem Mediator überlassen bleibt den Grad seiner Einflussnahme dem Konfliktgeschehen anzupassen. Zurückhaltend und **zur Mediation passend kann Führung als eine durch Interaktion vermittelte Ausrichtung des Handelns von Individuen und Gruppen verstanden werden.**

[712] Der selektive Einwilligungsvorbehalt etwa des § 2 Abs. 3 oder § 3 Abs. 4 [214] sollte *nicht* den Anschein erwecken, als stünde dem Mediator im Gegenzug eine generelle Dispositionsbefugnis über die im Verfahren zu treffenden Entscheidungen zu. Erst recht sollte dieser Eindruck nicht durch die Verwendung des Tatbestandsmerkmals *führen* des § 1 Abs. 2 verstärkt werden. **§ 1 Abs. 2 stellt keine Rechtsgrundlage für eine irgendwie geartete Weisungs- oder Direktionsbefugnis dar.** Die *einzig*e Rechtsgrundlage für das Handeln des Mediators im Verhältnis zu den Medianden sind der MV bzw. die MDV. Es wird als ein Mediationsfehler angesehen, wenn der Mediator die vermeintliche Direktionsbefugnis nicht explizit erläutert oder legitimiert. Wenn der Begriff „führen“ verwendet wird, dann sollte mit den Medianden abgestimmt werden, *was* darunter gegebenenfalls zu verstehen ist, um zugleich den Mediationsstil [162] und den Umfang der Verantwortlichkeit des Mediators zu klären.

✎ Unterlassene Klärung des Führens

Die Verantwortlichkeit für das Verfahren

[713] Die Floskel, der Mediator sei für das Verfahren verantwortlich, zählt zu den irreführenden Verallgemeinerungen in der Mediationslandschaft⁵⁹⁸. Leider übernimmt auch die Begründung des Regierungsentwurfs diese Formel. Sie ist ungenau und in mehrfacher Hinsicht missdeutend, denn sie wird der Stellung des Mediators nicht gerecht. Sie erweckt den Eindruck, als solle die Verantwortlichkeit des Mediators noch weiter, bis in den Kompetenzbereich der Medianten extendiert werden. Nach der Begründung des Regierungsentwurfs soll der Mediator auch die Verantwortung für eine gelingende Kommunikation zwischen den Medianten übernehmen⁵⁹⁹. Die genaue Formulierung lautet: „(Der Mediator trägt die) ... Verantwortung für das Verfahren und *insbesondere für eine gelingende Kommunikation* ...“. Wie soll ein Mensch die Verantwortung für den Erfolg der Kommunikation übernehmen können? Ein Mediator kann nur die Verantwortung für die eigene Kommunikation übernehmen. Er mag sie anwenden, damit die Kommunikanten die Möglichkeit erkennen, sich in der gewünschten Weise auszutauschen. Ob sie diese Chance ergreifen oder nicht, liegt in deren Entscheidungs- und Verantwortungsbereich. Diese Präzisierung mag spitzfindig klingen. Sie verdeutlicht jedoch einen Haltungsaspekt der Mediation. Sie fokussiert den eigenen Kompetenzbereich und befreit den Mediator davon, Ergebnisse erzwingen zu müssen. Das Gesetz präzisiert sich in § 2 Abs. 3 Satz 2,

⁵⁹⁸ Begründung, S. 22; *Trossen* (Mythen)

⁵⁹⁹ Seite 22

indem es dem Mediator die Pflicht zur Förderung der Kommunikation auferlegt. Ihr kann ein Mediator ohne Weiteres nachkommen [795].

[714] Die Verantwortlichkeit des Mediators grenzt sich zur Eigenverantwortlichkeit der Parteien ab. Die Faustregel lautet: **Je mehr Verantwortung der Mediator übernimmt, desto mehr nehmen die Parteien ihre Verantwortung zurück.** Es wird kaum möglich sein, die Verantwortung für das Verfahren von der Verantwortung für das Ergebnis zu trennen. Wenn die Entscheidung auf einem nicht selbst verantworteten Prozess beruht, impliziert sie die Gefahr einer mangelnden Identifikation mit dem Ergebnis.

[715] Auch aus rechtlichen Gründen kann der Mediator die Verantwortung über den Prozess, wenn überhaupt, dann nur bedingt übernehmen. Er mag Regeln einführen [781], wird dann aber zu spüren bekommen, dass er keine juristische Handhabe hat, sie durchzusetzen [192]. Es ist ein weiterer Grund, Verantwortung zu teilen, denn die Bereitschaft, gemeinsam verabschiedete (verantwortete) Regeln zu teilen, ist naturgemäß größer als die Befolgung fremdbestimmter Vorgaben.

[716] Es gilt der Grundsatz: **Niemand kann Verantwortung übernehmen für etwas, das nicht in seiner Macht steht.** Die Parteien sind und bleiben für ihre Wahrnehmung und Kommunikation selbst verantwortlich. Worin besteht nun die Verantwortung des Mediators? Der Mediator ist verantwortlich dafür, ...

1. ... das Verfahren zu erläutern und nachvollziehbar vorzustellen, damit die Parteien sich darauf verständigen und einlassen können
2. ... auf Phänomene hinzuweisen, die verfahrensbezogene Entscheidungen (MA) erfordern und eine Navigation durch das Verfahren erlauben, die dem Wesen der Mediation entspricht
3. ... die Wahrnehmung und Kommunikation der Medianden transparent zu machen, zu spiegeln und auf eine Meta-Ebene zu beziehen, um ihnen Gelegenheit und Optionen an die Hand zu geben, sowohl die Wahrnehmung wie die Kommunikation zu korrigieren und zu erweitern.
4. ... auf Phänomene, Wahrnehmungen Probleme und Konsequenzen hinzuweisen, die den Parteien verborgen sind

[717] Die Mediation mag als ein Klärungsprozess verstanden sein, wobei es die Aufgabe des Mediators ist, die erforderlichen Einsichten der Medianden zu ermöglichen. Insofern passt es dann wieder, wenn es in der Begründung heißt, dass der Mediator auf die *Vereinbarung* einer hier so bezeichneten MDV und auf deren Einhaltung zu achten und für die *Schaffung* bzw. Wiederherstellung einer adäquaten Verhandlungsatmosphäre zu sorgen hat⁶⁰⁰. Bedauerlich wäre es, wenn die unpräzise Formulierung und die Übernahme von Floskeln im Gesetz das Bild der Mediation verwässern und den Mediatoren einen falschen Eindruck von ihrer Verantwortlichkeit suggerieren. Es geht zumindest an dem Idealbild einer Me-

⁶⁰⁰ Seite 22

diation vorbei, wenn die Mediatoren sich motiviert fühlen, eine Autorität anzunehmen, die sie in der Mediation definitiv *nicht* haben und auch nicht haben sollten.

Die Verantwortlichkeit für die Sachentscheidung

[718] So wie die Formel, der Mediator sei (nur) für das Verfahren verantwortlich, dem Mediator (eine zu weit gehende) Verantwortung für das Verfahren zuschreibt, so scheint sie ihn (ebenfalls zu weitgehend) von der Sachverantwortung zu befreien. Wieder verleitet eine Formel zu einer Fehleinschätzung. Auch wenn es die Aufgabe der Mediatoren ist, die Sachentscheidung selbst herbeizuführen und zu verantworten, ist der Mediator *nicht* davon befreit, an der Sachentscheidung mitzuwirken [163]. *Haft* fordert, zum Auftreten des Mediators gehöre es, als „*Agent of Reality*“ unrealistische Erwartungen der Beteiligten aufzudecken⁶⁰¹. Seine Sachbeteiligung betrifft nicht das Zustandekommen der Entscheidung, wohl aber, wie mit dem Prinzip der Indetermination [706] zum Ausdruck gebracht, deren Überprüfung.

[719] Der Mediator hat nach § 2 Abs. 6 darauf hinzuwirken, dass die Parteien die Vereinbarung in Kenntnis der Sachlage treffen. Damit wird der Grundsatz der Informiertheit angesprochen. Weiterhin hat er zu prüfen, ob die Entscheidung der Parteien stimmig, schlüssig und durchführbar ist. Diese Verpflichtung ergibt sich aus seiner vertraglich übernommenen Verpflichtung, die Parteien dabei zu unterstützen, eine *nachhaltige* Einigung herbeizuführen. Gemeint ist eine Einigung, die in der La-

⁶⁰¹ *Haft*, BB Beilage Heft 40/1998, S. 16.

ge ist, den Konflikt *dauerhaft* beizulegen. Eine Vereinbarung, die sich beispielsweise als nichtig erweist, besitzt diese Eigenschaft ebenso wenig wie eine Vereinbarung, die neue Fragen aufwirft. Der Mediator ist somit *nicht* davon befreit, die Sachentscheidung der Parteien nachzuvollziehen.

✎ Unstimmigkeiten ansprechen

[720] Es ist ein Mediationsfehler, wenn er die Unstimmigkeit oder gar die Unschlüssigkeit einer Vereinbarung *nicht* thematisiert. Es ist demzufolge auch ein Mediationsfehler, wenn er die Vereinbarung nicht mit kritischen Fragen und Anmerkungen in Phase 5 einer Qualitätsprüfung unterzieht.

Der (Berufs-) Mediator

[721] Neben der funktionalen Bezeichnung ist der Begriff Mediator unter anderem auch eine Berufsbezeichnung [565]. Er wird in den Berufslisten als „Mediator/in“ geführt. Eindeutiger wäre es, wenn der Berufsmediator als solcher bezeichnet wird, so wie es auch einen Berufsfeuerwehrmann gibt. Möglicherweise wird der zertifizierte Mediator diese Funktion erfüllen müssen [965]. Auch wenn Mediator ein im Entstehen befindlicher Beruf ist, bewegt er sich nicht im rechtsfreien Raum. Welchen berufsrechtlichen Anforderungen er unterworfen ist, wird im Kapitel „Das Berufsrecht“ [562] beschrieben. Die Berufseigenschaft ist keine Anwendungsvoraussetzung des MediationsG. Das MediationsG gilt also unabhängig von der Ausübung des Mediatorenberufs [746].

Die Definitionsmerkmale

[722] Der Gesetzgeber hat Schwerpunkte gesetzt, indem er Definitionsmerkmale der Mediation zu Tatbestandsmerkmalen eines Gesetzes aufgewertet hat. Erst bei genauerem Hinsehen fällt auf, dass die Legaldefinitionen Mediation und Mediator sowohl beschreibende wie auch ausführende Elemente enthalten. Sie werfen bei der Gesetzesanwendung Fragen auf [747]. Auffällig ist weiterhin, dass nicht *alle* Merkmale in die Legaldefinition übernommen wurden. Um beurteilen zu können, ob die vorgenommene Auswahl bzw. die damit einhergehenden Tilgungen eine interpretationsfähige Aussage haben, bedarf es der Klarheit darüber, welche Merkmale überhaupt unerwähnt geblieben sind. Sie werden nachfolgend vorgestellt.

Die (Kern-)Kompetenz

[723] Während die EU-RL in ihrer Mediations-Definition in Art. 3 b die sachkundige Durchführung als Tatbestandsmerkmal aufführt, geht das MediationsG in Deutschland von einer zu unterstellenden Sachkunde aus. § 6 erwartet, dass ein Mediator eine geeignete Ausbildung vorweisen kann [952], wobei die Ausbildung in Kernkompetenzen [999] mit der erforderlichen Sachkunde [956] gleich gesetzt wird.

Die Qualität der Einigung

[724] Die Definition des § 1 enthält keine Aussage über die Qualität der Einigung. Darauf verzichtet auch die EU-RL. Die Einigung kann sein: ein Kompromiss, ein Konsens,

ein Konsens über den Kompromiss oder gar eine Unterwerfung. Das Ziel der Mediation ist der Konsens. Allerdings geschieht es auch, dass Mediationen mit einem Kompromiss enden. Es ist die Aufgabe des Mediators, die Qualität des Ergebnisses, mithin der Einigung zusammen mit den Medianden zu evaluieren, schon um deren Nachhaltigkeit zu sichern.

✎ Einigung nicht evaluiert

[725] Die offizielle Definition der Mediation tritt somit hinter die ursprünglich von *Mähler* erarbeitete und in der Gesetzesbegründung erwähnte Definition zurück. *Mähler* führte aus⁶⁰²: „Mediation ist ein freiwilliger Prozess, in dem Konfliktpartner mit Hilfe eines neutralen Dritten ohne inhaltliche Entscheidungsbefugnis gemeinsame, aufeinander bezogene, nach Möglichkeit wertschöpfende Entscheidungen treffen, die auf dem wachsenden Verständnis von sich selbst, dem Anderen und ihrer Sicht der Realität aufbauen“. **Rechtstechnisch ist die Abschlussvereinbarung in der Mediation als ein Vergleich i.S.d. § 779 BGB anzusehen.** Das ist der Grund warum viele Juristen meinen, dass sie die Mediation schon seit langem praktizieren. Sie sehen sich als kompetent, weil ihre Vergleichsquote recht bedeutend ist. Juristisch und rein technisch betrachtet ist die Mediationseinigung durchaus ein Vergleich. Inhaltlich betrachtet ist sie es nicht. Der Unterschied würde deutlich werden, wenn die Einigungsqualität zum Tatbestandsmerkmal wird. Solange dies nicht der Fall ist empfiehlt sich die von *Trossen* eingeführte Unterscheidung zwischen dem Kon-

⁶⁰² *Mähler*, KON:SENS, 1999: 200.

sens- und dem Kompromissvergleich⁶⁰³. Ohne diese Differenzierung beschreibt der Vergleich i.S.d. § 779 BGB ein gegenseitiges Nachgeben. Es ist der Kompromiss im Nullsummenspiel. Das Nachgeben knüpft an die Opferbereitschaft der Parteien an. Die mangelnde oder nicht einzusehende Opferbereitschaft steht schließlich der Nachhaltigkeit der Vereinbarung im Wege. Die Mediation hingegen strebt einen Konsens an. Anders als der Kompromiss, der ein lose-lose-Ergebnis beschreibt, erzielt sie mit dem Konsens ein Win-Win-Ergebnis. Sie basiert auf dem Positivsummenspiel (kooperativer Wettbewerb). Somit ergeben die Herbeiführung von Kompromiss oder Konsens unterschiedliche Einigungsqualitäten, die wiederum auf unterschiedliche Einigungsstrategien (Verfahrensweisen) aufsetzen.

[726] Es wäre falsch, zu sagen, ein Kompromiss sei von den Parteien nicht gewollt. Es wäre aber auch falsch, den Kompromiss mit dem Ergebnis der Mediation gleichzusetzen. Die Notwendigkeit, die Qualität einer Mediationsvereinbarung in Abgrenzung zum Vergleich herauszustellen, ist ein weiterer Grund, warum es sinnvoll gewesen wäre, die Mediation eher im BGB als in einem Verfahrensgesetz zu regeln.

☞ Mediation als Konsensvergleich im BGB

Die unterschiedlichen Einigungsqualitäten ließen sich ohne weiteres umfassender und präziser mit differenzierenden Rechtsregeln beschreiben, in denen sowohl das Zustandekommen wie die Auswirkungen einer mediati-

⁶⁰³ *Trossen* (Wege zur Kooperation)

ven Einigung bis hin zur Haftung des Mediators stimmig zu formulieren wären. Der Kompromiss ist in § 779 BGB geregelt; der Konsens nicht. Wegen der mangelnden gesetzlichen Differenzierung wird das materielle Recht um die Mediation, genauer gesagt der MAV, weiterhin am Kompromissvergleich des § 779 BGB gemessen werden. Juristisch gesehen stellt die MAV einen Vergleich dar, denn sie ist das, was § 779 BGB einen Vertrag nennt, durch den der Streit oder die Ungewissheit der Parteien über ein Rechtsverhältnis beseitigt wird. Im Idealfall geschieht dies allerdings nicht mit den im § 779 beschriebenen Mitteln wo die Einigung als ein gegenseitiges Nachgeben (Vergleich) beschrieben wird. Bei der Mediation soll es auf allen Seiten Gewinner geben. Die Idee eines gegenseitigen Nachgebens passt da nicht ins Bild; eher das des aufeinander Zugehens.

Das Win-Win-Ergebnis

[727] Das Win-Win-Ergebnis kann durchaus ein Qualitätsmerkmal sein, weshalb es mitunter als Vorteil der Mediation angepriesen wird. In jedem Fall beschreibt es eine strategische Zielvorgabe, die ein Positivsummenspiel zu initialisieren vermag und deshalb als solche unerlässlich ist.

✦ Strategische Zielsetzung versäumt

[728] Ein Win-Win Ergebnis mag in Aussicht gestellt werden. Es darf nicht versprochen werden, damit bei den Parteien keine unerfüllbaren Erwartungen geweckt werden. Dazu ein Beispiel: Eine Mediandin in einer Familienmediation wollte partout nicht geschieden werden. Sie

ließ sich auf die Mediation ein, weil sie über die Frage der Scheidung, aber auch über die Frage der Regelung sogenannter Folgesachen eine Einigung herbeiführen wollte. Ihr wurde das Verfahren erklärt, dabei wurde das Ziel herausgestellt, eine Win-Win-Lösung zu finden. Am Ende der Mediation war es nicht gelungen, den Mann von seinem Scheidungswunsch abzubringen. Dies wurde zwar mit einer für die Frau großzügigen Scheidungsfolgenregelung bedacht. Die Mediandin sagte aber dennoch: "Ich fühle mich nicht als Gewinnerin", als die Mediation vorüber war.

[729] **Wird den Medianden mit der Erwartung eines Win-Win-Ergebnisses etwas vorgegaukelt?** Wer Gewinner und wer Verlierer ist, unterliegt einer individuellen, relativen Beurteilung. Bezogen auf die Position, sich nicht scheiden zu lassen, ist die Mediandin sicherlich eine Verliererin. Bezogen auf das Gesamtergebnis ist sie eine Gewinnerin. Die Beziehung zum Ehemann ist erhalten (wenn auch nicht auf der intimen Paarebene), die Parteien streiten nicht mehr und akzeptieren die Entscheidung des jeweils anderen und sie haben eine moderate Lösung der finanziellen Fragen gefunden, die den Interessen nahe kommt und eine Zerschlagung verhindert hat. Für die Frage, wer Gewinner oder Verlierer ist, spielt es durchaus eine Rolle, wer wie mit dem Ergebnis umgehen kann. Hier gibt es drei Sichten: Die der einen Partei, die widersprechende Sicht der anderen Partei und die Sicht der Metaebene, die beide Sichten in sich aufnehmen kann. Ideal ist es, wenn die Sichten vereinigt werden. Ausreichend ist es jedoch, wenn die unterschiedlichen Sichten herausgearbeitet und gegeneinander abgewogen

werden können. Dieser Zustand genügt, um den Kognitionsprozess der Mediation zu verwirklichen.

[730] **Wer also entscheidet, was Gewinner und Verlierer bedeutet?** Die Relation ist das Entscheidende. Relativiere ich das Ergebnis mit dem was möglich ist, sollte sich ein Gewinnerverständnis einstellen. Falls nicht, wäre die Frage zu klären, ob der Mediator oder die Mediatorin wirklich verstanden haben, in welchem Rahmen eine Entscheidung möglich ist, und worin der Nutzen liegt. Dann wäre eine Aussage wie: "Ich hätte mir mehr erhofft, aber ich habe verstanden, dass dieses Ergebnis das Maximum dessen ist, was ich aus der Situation für mich mitnehmen kann", durchaus im Rahmen des Gewollten und vor allem Möglichen.

[731] **Wodurch unterscheidet sich dann das Ergebnis von einem Kompromiss?** Äußerlich muss sich ein Kompromiss nicht von einem Konsens unterscheiden. Es wäre auch falsch, den Kompromiss als ein ungewolltes Ergebnis darzustellen. Die Parteien würden ihn sonst nicht vereinbaren. Der Unterschied ist, dass die Parteien bei einem Kompromiss weiterhin denken, es hätte anders ausgehen können, wenn sich der Richter, der Mediator oder wer auch immer nur etwas mehr Mühe gegeben hätten. Kompromisse tragen deshalb ein Stück Resignation in sich. Ein Konsens hat sich mit *allen* alternativen Möglichkeiten auseinandergesetzt und ausgelotet, was alles möglich ist oder nicht. Der Konsens basiert auf der Einsicht, dass das gefundene Ergebnis das bestmögliche ist.

[732] Es wäre vermessen anzunehmen, dass das Win-Win Ergebnis in der Lage sei, die physikalischen – oder besser gesagt die wirtschaftlichen – Gesetze zu überwinden. Bei einer Scheidung etwa, wo Einkommen und Vermögen aufzuteilen sind, kann schon rein rechnerisch hinten nicht mehr rauskommen als vorne hereingesteckt wurde und davon ist es dann auch nur die Hälfte. Die rechtliche Lösung basiert auf dem Halbteilungsgrundsatz, so dass am Ende nicht viel mehr als die Hälfte übrig bleibt. Wenn das als Verlust bezeichnet wird, liegt die einzige Option dieses Ergebnis zu vermeiden darin, sich nicht scheiden zu lassen. Das Win-Win Versprechen kann nicht weiter gehen, als es die äußeren Bedingungen erlauben. Es muss besser (nutzvoller) sein als ein Gerichtsurteil, was in der WATNA/BATNA Phase, die in der Mediation auch als das Ausstiegsszenario beschrieben wird, aktiv festzustellen ist. Deshalb kann man (bei korrekter Durchführung der Mediation) davon ausgehen, dass das hier gefundene Ergebnis stets besser zu sein hat als ein ausgeurteiltes. Die WATNA/BATNA Station fällt in das Ende der Phase vier. Sie findet also erst statt, wenn die Lösung der Parteien in etwa vorliegt. Jetzt können die Parteien sich aktiv für die juristisch mögliche oder die von ihnen gefundene Lösung entscheiden. Jetzt wird auch deutlich, warum es so schädlich ist, wenn ein Anwaltsmediator schon vorher juristische Zielvorgaben einführt. Die Parteien sind dann oft nicht mehr in der Lage, ein eigenes Lösungs- und Gerechtigkeitsmodell zu entwickeln.

Die Kooperation

[733] **Das Win-Win-Versprechen hat eine strategische Bedeutung.** Es dient nicht dazu, unerfüllbare Erwartungen zu wecken, sondern dazu, die Parteien in eine Kooperation zu überführen. Ohne eine Win-Win Zielvorgabe bewegen sich die Parteien in einem Nullsummenspiel. Sie würden ihren Gewinn nur auf Kosten des Verlustes des Gegners herzustellen wissen. Das Win-Win Versprechen entkoppelt den Gewinn des Einen vom Verlust des Anderen, indem jeder Gewinner werden kann unabhängig davon, ob der Andere gewinnt oder verliert. **In einem Positivsummenspiel⁶⁰⁴ muss niemand um den Gewinn streiten. Der Eine gewinnt nicht auf Kosten des Anderen.** Er muss den Erfolg der Gegenseite - anders als im Nullsummenspiel - also nicht verhindern, um zu gewinnen. Der Gesetzgeber überlässt diese Erklärung dem Mediator, wenn er in § 2 Abs. 1 verpflichtet wird, sich zu vergewissern, dass die Parteien die Grundsätze der Mediation verstanden haben.

☐ Lösungssuche im Vertrag ausweisen

[734] Weil das Win-Win-Prinzip die strategische Ausrichtung in der Mediation vorgibt, ist es ein gravierender Mediationsfehler, wenn der Mediator diese Zielvorgabe nicht mit den Parteien abstimmt.

✎ Win-Win-Prinzip nicht erklärt

[735] Es ist von ausschlaggebender Bedeutung, zu erkennen, dass die Mediation ein *Nicht*-Nullsummenspiel ist. In

⁶⁰⁴ Der Begriff Positivsummenspiel ist eine umgangssprachliche Umschreibung des kooperativen Wettbewerbs.

einem Nullsummenspiel ist die Konfrontation die nahe liegende Strategie. Die Konfrontation ist in der Mediation nicht zielführend und bringt sie zum Scheitern. Mit der Win-Win-Vorlage wird ein Positivsummenspiel ausgerufen. Die dazu passende Strategie ist die Kooperation. Die Parteien müssen verstanden haben, dass es um die *Suche* nach einer Win-Win Lösung geht, nicht darum, eine Lösung (Position) *durchzusetzen*.

▫ Win-Win-Ergebnis als Ziel herausstellen

Das Konsensprinzip

[736] Das Konsensprinzip soll den Akteuren vor Augen führen, dass die Mediation nicht nur auf Konsens abzielt, sondern auch auf Konsens basiert. Sofern dies nicht im MV besonders herausgestellt wurde, hat der Mediator keine Direktionsbefugnisse. Er ist darauf angewiesen, für jede Maßnahme die Zustimmung der Parteien einzuholen.

Die Informiertheit

[737] Die Informiertheit ist ein weiteres wichtiges Prinzip in der Mediation. Sie ist die Bedingung unter der ein Konsens im zuvor beschriebenen Sinne [731] überhaupt erst möglich wird. Trotzdem wurde sie im MediationsG nicht explizit erwähnt. Sie mag sich aus § 2 Abs. 6 herleiten, beschreibt aber dort nur die Informiertheit über die zur Einigung notwendigen *Sachfragen*. **Informiertheit bedeutet, dass den Parteien alle Informationen zugänglich sind, die sie benötigen, um für sich eine messbare Entscheidung zu treffen ohne dabei die Interessen der Gegenseite aus dem Blick zu verlieren.**

Es ist deshalb notwendig, dass die Medianden nicht nur über die Sachfragen, sondern auch über die Motive der jeweiligen (Gegen-)Seite informiert sind⁶⁰⁵. Der Mediator vergewissert sich mit der Windows-2-Technik⁶⁰⁶, dass dem so ist. Ohne die Kenntnis der Motive, damit sind die Interessen i.S.d. Mediation gemeint [35], wird die Partei kaum in der Lage sein, ein Angebot zu unterbreiten, das die Chance hat, von der Gegenseite angenommen zu werden. Das ist es letztendlich, was in Phase vier zu geschehen hat. Der Grundsatz der Informiertheit wird im Gesetz also zu kurz wiedergegeben. Es übersieht, dass die Informiertheit auch schon zur Herbeiführung der Einigung notwendig ist.

✍ § 2 Abs. 6 Informiertheit erweitern

Die Offenheit

[738] Die Offenheit als eines der wichtigsten Prinzipien [488] der Mediation wird im Gesetz nicht aufgeführt. Man mag diesen wesentlichen Grundsatz aus dem Wesen der Mediation [39] ableiten, wenn die Offenheit nicht sogar ein Wesensmerkmal ist. Die Offenheit korrespondiert mit der Vertraulichkeit [668]; genauer gesagt mit Vertrauen und dem Gefühl von Sicherheit, dass die Bereitschaft, sich zu offenbaren, nicht missbraucht werden wird. Die Vertraulichkeit soll die Offenheit ermöglichen, wobei es auf die Offenheit letztlich ankommt. Sie ist einzufordern, damit die Parteien ihre mitunter intimen Interessen und Bedürfnisse äußern und *alle* Informationen

⁶⁰⁵ Trossen (Mediation von hinten)

⁶⁰⁶ Wikipediatio (Windowstechnik)

einbringen, welche es ihnen ermöglichen, einander interessenorientierte Angebote zu unterbreiten. Wichtig ist, dass die Parteien „ins Unreine“ denken können, dass sie Gedanken entwickeln dürfen, die sie nicht gleich auf irgendetwas festnageln, das sie besser nicht gesagt hätten.

[739] Der Umfang der geschuldeten Offenheit verhält sich stets relativ zu den notwendigerweise einzubringenden Informationen. Sie ergeben sich aus dem Grundsatz der Informiertheit [737]. Das bedeutet: **Wo es keine schützenswerten Informationen gibt, bedarf es keiner Offenheit.** Offenheit wird möglich, wenn die Medianden das Gefühl haben, dass Ihnen zugehört wird. Wenn sie Interesse und Aufmerksamkeit spüren, die Ihnen entgegengebracht werden⁶⁰⁷. Sie ist der wesentliche Faktor in einer Mediation. Oft melden die Medianden am Ende der Mediation zurück: „Es hat gut getan, einmal sagen zu können, was mir auf dem Herzen lag und zu wissen, dass mir zugehört wurde“⁶⁰⁸. Diese Rückmeldung ist umso bemerkenswerter, als das Zuhören aus der Konsumentensicht oft mehr herausgestellt wird als das sich Einigwerden.

Die Ergebnisoffenheit

[740] Die Offenheit wird oft mit der Ergebnisoffenheit gleich gesetzt. Offenheit und Ergebnisoffenheit sind aber

⁶⁰⁷ Das ist eine der grundlegenden Erkenntnisse des Herausgebers, der als Richter die Erfahrung machte, dass die Parteien trotz der Gefahr einer nachteiligen Entscheidung in der Lage waren sich weit zu öffnen.

⁶⁰⁸ Mangels eines anderen Nachweises: Häufiges Feedback bei den Mediationen der Autoren

nicht dasselbe. Die Offenheit betrifft die Bereitschaft alles zu offenbaren, was mit dem Konflikt im Zusammenhang steht. Die Ergebnisoffenheit beschreibt die Bereitschaft, sich von den Positionen zu lösen, um andere (natürlich bessere) Ergebnisse annehmen zu können. Die Ergebnisoffenheit wird oft als ein weiteres Prinzip der Mediation benannt. Genau betrachtet ist sie aber kein Prinzip, sondern ein Wesensmerkmal der Mediation. Sie ist eine logische Konsequenz aus der Zielsetzung, eine Lösung zu finden. Die Suche setzt zumindest eine gewisse Ergebnisoffenheit voraus, wobei es völlig genügt, ein noch besseres Ergebnis finden zu wollen als das, was man sich gerade vorstellen kann (als die angenommene Position). Die Ergebnisoffenheit verwirklicht sich im Kognitionsmodell, wo die Gedanken an Lösungen (Phase vier) strikt von den Positionen (Phase zwei) und den Interessen, also den Motiven (Phase drei), getrennt werden. Die Ergebnisoffenheit beschreibt somit nicht nur eine Voraussetzung, sondern bedingt auch den Weg der Mediation. Zum anderen verdeutlicht sie die Zielvorgabe, bei der es um die *Suche* nach einer Lösung geht. Die Suche erübrigt sich, wenn die Parteien nicht ergebnisoffen sind. Die Ergebnisoffenheit muss zum Gelingen der Mediation nicht von vornherein vorliegen. Es genügt, wenn sie im Laufe der Mediation hergestellt werden kann.

Die Dispositionsmaxime

[741] Die Dispositionsmaxime wird in der Literatur als ein weiteres, mögliches Prinzip der Mediation erörtert, obwohl sie dort keiner Erörterung bedarf. In der Mediation ist die Dispositionsfähigkeit der Parteien eine Selbstver-

ständigkeit. Sie wird durch das Prinzip der Freiwilligkeit [673] garantiert. *Musielak* führt aus: „Als Inhalt des Dispositionsgrundsatzes ist das Recht der Parteien zu bezeichnen, über den *Rechtsstreit* im Ganzen zu verfügen, ihn durch Initiative des Klägers in Gang zu setzen, den Streitgegenstand zu bestimmen, den Rechtsstreit durch Anträge maßgeblich zu beeinflussen und ihn auch vorzeitig, d.h. ohne Urteil, zu beenden“⁶⁰⁹. Im Gerichtsverfahren, worauf der Dispositionsgrundsatz ursprünglich bezogen wurde, ist der Verfahrensablauf definiert. Die Verfahrensleitung liegt ausschließlich beim Richter. Die Parteien können lediglich über Anträge einen indirekten Einfluss nehmen. Streitig ist, ob und inwieweit die Parteien dort auch über den Sachvortrag disponieren können. § 138 ZPO schreibt den wahrheitsgemäßen und vollständigen Sachvortrag vor. Die Dispositionsmaxime steht im Gegensatz zur Officialmaxime, wo Verfahren von Amts wegen durchgeführt werden, dem Zugriff der Parteien also weitestgehend entzogen sind. Die Dispositionsmaxime ist Ausdruck der Privatautonomie innerhalb eines hoheitlich organisierten Verfahrens. Mit ihr wird die Frage nach der Prozessherrschaft verbunden. Die Mediation wird auf unterschiedliche Weise mit den Vorstellungen einer Prozessherrschaft in Verbindung gebracht. Sie reichen von der Auffassung, der Mediator sei der Herr des Verfahrens⁶¹⁰ bis zu der Meinung, die Parteien seien die Herren des Verfahrens⁶¹¹. Schon die Frage

⁶⁰⁹ Musielak (ZPO), Rn 35-36

⁶¹⁰ z.B. *Heinrichs* <http://www.mediationspraxis-berlin.de/arbeitsmediation.html> dl 1.3.2014

⁶¹¹ *Neuenhahn*: Mediation - ein effizientes Konfliktlösungsinstrument auch in Deutschland, NJW 2004, 663

nach einer *Herrschaft* passt nicht in das Bild der Mediation. Wenn, dann beschränkt sie sich die Herrschaft auf die Allen jederzeit mögliche Verfahrensbeendigung. **Die Mediation ist ein sich selbst organisierendes und selbst stabilisierendes Verfahren, bei dem die Verantwortung dementsprechend zu verteilen ist.** Der Eine kann nicht ohne den Anderen. Jeder ist auf jeden angewiesen, um das Verfahren zu einem Erfolg zu führen. Vor diesem Hintergrund ist schon die Diskussion über die Frage der Anwendbarkeit der Dispositionsmaxime in der Mediation suspekt. Denn dort ist die *uneingeschränkte* Dispositionsgewalt der Parteien aus der Natur des Verfahrens heraus gegeben. Sie wird durch das Prinzip der Eigenverantwortlichkeit und der Freiwilligkeit [673] gewährleistet. Auf die Mediation bezogen unterstreicht die Dispositionsmaxime, dass der Mediator keine eigenen Verfügungsbefugnisse über das Verfahren besitzt und alles nur im Einvernehmen durchführen kann [192][374].

Die Transparenz

[742] Wünschenswert, aber nicht genannt, ist das Prinzip der Transparenz. Das mag damit zusammenhängen, dass die Transparenz auch in der Lehre nicht immer als ein eigenständiges Prinzip aufgeführt wird. Natürlich kann die Transparenz als ein Aspekt der Informiertheit betrachtet werden. Zumindest ist sie ein Schritt dorthin. Vielleicht hat es auch damit zu tun, dass sich der Grundsatz der Transparenz als ein strategischer Handlungsaspekt herausstellt, um - so gesehen - durchaus auch als eine Methode oder gar als eine Technik verstanden zu werden. Transparenz jedenfalls bedeutet, alle Phänome-

ne, die der Mediator erkennt, aufzudecken (Technik des Verbalisierens) und sichtbar zu machen. Transparenz ist auch aus wahrnehmungspsychologischen Gründen indiziert. Sie wird durch die Rückmeldungen des Mediators, beispielsweise mit den Techniken⁶¹² des Loopens⁶¹³, Verbalisierens⁶¹⁴ oder des Spiegelns⁶¹⁵ ermöglicht. Die Anwendung dieser Techniken lässt sich darauf ein, dass alle menschlichen Sinne nach außen gerichtet sind. Erst die vom Mediator zu spiegelnde Von-außen-Sicht rundet das Bild ab und macht Phänomene sichtbar, die der eigenen Wahrnehmung verschlossen sind.

✎ Mangelnde Transparenz

Werte- und Meinungsfreiheit

[743] Das Prinzip betrifft den Mediator. Es beschreibt ein wesensimmanentes Haltungsmerkmal. Es mag sich im Grundsatz der Neutralität und Allparteilichkeit wiederfinden, die beide im Gesetz erwähnt sind.

Die Autonomie der Parteien

[744] Vergeblich sucht man im MediationsG nach einer expliziten Vorschrift, dass die Entscheidung über die Mediation und deren Ablauf bei den Medianden liegt. Mithin haben sie auch die Möglichkeit, über das Verfahren zu disponieren. Umgekehrt ergibt sich daraus, dass der Mediator bei allen Entscheidungen auf das Einverständnis der Parteien angewiesen ist. Der einzige gesetzliche

⁶¹² Wikipediation (Techniken)

⁶¹³ Wikipediation (Loopen)

⁶¹⁴ Wikipediation (Verbalisieren)

⁶¹⁵ Wikipediation (Spiegeln)

Hinweis auf die Autonomie der Parteien findet sich in dem Satz „eigenverantwortlich herbeizuführen“. Hinweise auf eine fehlende Autonomie ergeben sich dort, wo den Parteien die Disposition über das Verfahren genommen wird. Dies ist beispielsweise in § 3 der Fall. Eine präzisere Abgrenzung ergibt sich aus der Kommentierung zum Tatbestandsmerkmal „führen“ [711]ff.

Die Stellung des Mediators

[745] Einerseits willkommen aber auch nicht unproblematisch ist die Tatsache, dass die Stellung des Mediators nicht näher spezifiziert wurde. Die Begründung besagt ausdrücklich, dass davon abgesehen wurde, das Berufsbild des Mediators *abschließend* zu regeln. Wörtlich wird ausgeführt: "Die Definition des Mediators in § 1 Abs. 2 MediationsG verzichtet bewusst auf die *abschließende* Regelung eines *klar umgrenzten* Berufsbildes"⁶¹⁶. Damit sollte berücksichtigt werden, dass viele Mediatoren nicht hauptberuflich oder jedenfalls nicht ausschließlich als solche arbeiten⁶¹⁷. Mithin könnte geschlossen werden, das MediationsG betreffe zwar die berufliche Befassung mit der Mediation, allerdings noch in einem wegbereitenden Stadium. Die Beantwortung der Frage hat Auswirkungen auf die Anwendbarkeit des Gesetzes [746].

⁶¹⁶ BT-Drucksache 17/5335 S. 14

⁶¹⁷ Begründung Seite 21

Die Anwendbarkeit

[746] Das Gesetz sagt selbst nichts zu seiner Anwendbarkeit, außer, dass es eine von einem *Mediator* durchgeführte *Mediation* betrifft. Indem es nicht explizit an den Beruf eines Mediators anknüpft⁶¹⁸, ist es stets anwendbar, wenn ein Mediator i.S.d. § 1 Abs. 2 eine Mediation i.S.d. § 1 Abs. 1 [666] durchführt. **Der vom MediationsG erwartete professionelle Bezug mündet in ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal, das die Bereitschaft des Mediators abfragt, die rechtliche Verantwortung für seine Dienstleistung zu übernehmen** [757].

Definitionsmerkmale als Voraussetzung

[747] Unstreitig ist das MediationsG nicht anwendbar, wenn es sich bei dem durchzuführenden Verfahren nicht um eine Mediation handelt. Umgekehrt ist es anwendbar, wenn das durchzuführende Verfahren eine Mediation i.S.d. MediationsG ist. Legt man die in § 1 Abs. 1 und 2 genannten Merkmale als Zugangsvoraussetzung für die Anwendbarkeit des MediationsG zugrunde, dann versagt der gesetzliche Schutz, zumindest auf den ersten Blick bereits, wenn der Mediator nicht neutral ist oder wenn er nicht unabhängig ist [510]. § 1 Abs. 2 setzt sowohl die Neutralität wie die Unabhängigkeit als ein tatbestandliches Definitionsmerkmal voraus⁶¹⁹. Konsequenter wäre die Anwendbarkeit des MediationsG zu verneinen, wenn ei-

⁶¹⁸ Begründung Seite 17

⁶¹⁹ *Guckelberger*: Einheitliches Mediationsgesetz auch für verwaltungsrechtliche Konflikte?, NVwZ 2011, 390

nes der Definitionsmerkmale nicht gegeben ist. Allerdings würde in dem Fall auch § 3 Abs. 1 keine Rechtsfolge mehr auslösen können. Anders gesagt: Wenn das Gesetz nicht anwendbar ist, kann es den nicht neutralen Mediator (der dann definitionsgemäß kein Mediator i.S.d. Gesetzes ist) auch nicht zur Information über die fehlende Neutralität verpflichten. Diese Paradoxie legt es nahe, die Anwendbarkeit nur auf einzelne Definitionsmerkmale zu beschränken. Greger hat das Problem ebenfalls erkannt. Er sieht das Tatbestandsmerkmal der Unabhängigkeit deshalb als ein nicht "konstitutives" Merkmal an. Das Gleiche gilt für die Vertraulichkeit⁶²⁰. Es sei zwar "typisch aber nicht essentiell"⁶²¹. Für diese Auffassung spricht, dass die Verpflichtung des § 3 Abs. 1 in jedem Fall greifen sollte, auch wenn die Neutralität oder die Unabhängigkeit in Frage stehen und erst recht, wenn sie nicht vorliegen.

[749] Allerdings ist die Unterscheidung zwischen konstitutiven und essentiellen Merkmalen methodisch nicht eindeutig. Mit gutem Grund könnte auch die mangelnde Entscheidungsbefugnis als nicht konstitutiv bezeichnet werden [750]. Bei genauer Betrachtung fällt auf, dass die von Greger eingeführten „typischen“ Tatbestandsmerkmale nicht das Wesen der Mediation beschreiben, sondern die Prinzipien durch die sich das Wesen der Mediation [39] verwirklicht. Die gesetzliche Definition verwendet sowohl Eigenschaften wie auch Prinzipien. Während die Eigenschaften das Wesen der Mediation be-

⁶²⁰ Greger in Greger/Unberath Teil II § 1 Rdnr. 47 ff

⁶²¹ Greger in Greger/Unberath Teil II § 1 Rdnr. 47 ff

schreiben, dienen die Prinzipien als Garant zu deren Verwirklichung. Demzufolge orientieren sich die Prinzipien an den Eigenschaften. Sie sind ihnen unterzuordnen, damit sie das Wesen der Mediation [39] nicht verändern. Beispiel: Wenn die Eigenschaft eines Wohnhauses die wohnliche Wärme ist, wäre eine Bedingung zur Herstellung dieser Eigenschaft der Einbau einer Heizung. Würde die Bedingung zum Definitionsmerkmal aufgewertet, dann könnte die Definition lauten: Ein Wohnhaus ist ein Haus mit Heizung. Mithin wären Wohnhäuser ohne Heizung keine Wohnhäuser mehr.

Eigenschaften und Prinzipien der Mediation

[750] Sowohl die Wesensmerkmale der Mediation wie die Prinzipien wurden zusammengestellt [38], um deren Korrelationen aufzudecken und um herauszufinden, dass lediglich die **Eigenschaften bestimmende Merkmale sind, denen sich die Prinzipien zu unterwerfen haben**. Wenn sich die Prinzipien den Merkmalen anzupassen haben, dann bedeutet dies, dass sie auch in dem Umfang disponiert werden können, solange das Wesen der Mediation [39] nicht verletzt wird. Deshalb sind nicht nur die Vertraulichkeit⁶²², die Unabhängigkeit und die Neutralität sondern auch die fehlende Entscheidungsbezugnis und unter Umständen sogar die Eigenverantwortlichkeit disponible Prinzipien. Die Grenze der Anpassungsfähigkeit lässt sich exemplarisch wie folgt feststellen:

⁶²² Greger in Greger/Unberath Teil II § 1 Rdnr. 47 ff

[751] Die *Neutralität* kann disponiert werden, solange die triadische Brückenfunktion und die Metaebene erhalten bleiben. Die Verletzung der Neutralität kann geheilt werden.

[752] Die *Unabhängigkeit* kann disponiert werden, solange eine ergebnisoffene unbeeinflusste Lösungssuche möglich bleibt. Wenn der Mediator beispielsweise im Auftrag nur einer Partei tätig wird, deren Direktiven er zu befolgen hat, würde die Mediation zu einem dyadischen Verfahren korrumpiert und in ihrem Wesen verändert.

[753] Die *Vertraulichkeit* [668] kann disponiert werden, solange das Vertrauen gewährleistet bleibt, dass die Informationen nicht zur Konfrontation missbraucht werden [668]. Greger führt an⁶²³, dass die Vertraulichkeit nach der EU-Richtlinie kein Kriterium für das Vorliegen einer Mediation sei. Das ist insofern korrekt, als die Vertraulichkeit ein Prinzip und kein Wesensmerkmal ist. Für die juristische Auslegung ist allerdings zu bedenken, dass die EU Richtlinie die Vertraulichkeit durch die Verschwiegenheitspflicht vorsieht. Andererseits gibt eine EU-Richtlinie nur die Mindestvoraussetzungen für die bezweckte Rechtsharmonisierung vor. Es bleibt dem nationalen Gesetzgeber unbenommen, darüber hinaus noch zusätzliche Voraussetzungen vorzusehen, sofern sie den Regelungen der Richtlinie inhaltlich nicht zuwiderlaufen. Die Mediation wird generell als ein *vertrauliches* Verfahren definiert. Nach den Gesetzesmaterialien können die Parteien das Ausmaß der Vertraulichkeit selbst bestim-

⁶²³ Greger in Greger/Unberath Teil II § 1 Rdnr. 47 ff

men⁶²⁴. Vertraulich bedeutet nicht geheim. Vertraulich bedeutet, auf Vertrauen gegründet und daher freundschaftlich⁶²⁵. Es muss den Parteien überlassen sein, ihren eigenen Maßstab festzulegen, mit dem sie das nötige Vertrauen herstellen können. Die Auslegung legt das Wesen der auf Kooperation angelegten Mediation offen, die auch als Amicable (freundlich, freundschaftlich, friedlich) Dispute Resolution bezeichnet wird⁶²⁶.

[754] Die *fehlende Entscheidungsbefugnis* ist nach der hier vertretenen Auffassung lediglich ein Prinzip [706]. Das ihr entsprechende Wesensmerkmal ist das zum kooperativen Wettbewerb (Positivsummenspiel) passende Kommunikationsmodell [706][74]. Solange dies erhalten bleibt, kann die Entscheidungsbefugnis (z.B. über Verfahrensfragen) disponiert werden.

[755] Sogar die *Eigenverantwortlichkeit* ist disponibel, solange und soweit die Parteien die Kontrolle über das Verfahren und die Lösung behalten und nicht in eine Situation geraten, wo sie andere für die gefundene Lösung oder das Ergebnis verantwortlich machen können.

[756] Die *Freiwilligkeit* ist nicht disponibel, weil sie eine Bedingung für den Abschluss des MV ist und als das derzeitige Kündigungsrecht den Parteien die Kontrolle

⁶²⁴ *Guckelberger*: Einheitliches Mediationsgesetz auch für verwaltungsrechtliche Konflikte?, NVwZ 2011, 393

⁶²⁵ Duden (vertraulich)

⁶²⁶ <http://www.icc-deutschland.de/icc-regeln-und-richtlinien/icc-regeln-zur-streitbeilegung-mediation-guetliche-einigung-schiedsgerichtsbarkeit/mediationsverfahren-guetliche-einigung-amicable-dispute-resolution-adr.html?L=0A.html.html>
abgelesen am 13.3.2013

über das Verfahren in die Hand gibt. Die Nichtbeachtung der Freiwilligkeit führt zu einer Wesensveränderung.

Der Rechtsbindungswille

[757] Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 1 sind noch immer unzureichend, um die Anwendbarkeit des Gesetzes abschließend aus sich selbst heraus zu bestimmen. Fest steht, dass das MediationsG nicht auf jede Mediation anzuwenden ist. Obwohl das Recht eine Unterscheidbarkeit fordert, Gibt die Definition in § 1 keine Anhaltspunkte. Sie ergeben sich aus der Systematik. Danach wäre die Verbindlichkeit ein aussagekräftiges Kriterium, um zwischen Mediationen und Mediationen i.S.d. MediationsG zu unterscheiden. Verbindlichkeit meint die verlässlich reproduzierbare Leistungserbringung. Sie stellt ein Professionalisierungsmerkmal dar, ohne dass die Berufsausübung eine Bedingung ist. Somit entspricht die Klarstellung der Intention des MediationsG, das die berufliche Befassung mit der Mediation durchaus im Sinn hat [745]. Mithin wird die Übernahme der professionellen Verantwortung zu einem ungeschriebenen Tatbestandsmerkmal. Es soll die Mediationen i.S.d. MediationsG von „unverbindlichen Mediationen“ abgrenzen. Der Umfang der Verbindlichkeit orientiert sich an dem zugrunde liegenden Rechtsgrund (Causa) [218], in der Regel also dem MV.

✍ MediationsG an Berufsausübung koppeln

[758] Falls die Mediation weiterhin berufsungebunden (also nicht an eine Berufsausübung gekoppelt) sein soll, ist die Bereitschaft zur Haftung ein ausreichendes Krite-

rium zur Manifestation der Verbindlichkeit. Die Juristen sprechen von dem Rechtsbindungswillen. Haftungsbereitschaft setzt die erforderliche Sachkenntnis voraus. Sie verlangt, dass sich der Mediator über die Fehlerträchtigkeit seines Handelns bewusst wird. Die hier eingeführte Mediationsfehlerliste⁶²⁷ gibt einen Eindruck von dem Risiko, auf das sich der Mediator einlassen wird (muss).

Die Anwendungsvoraussetzungen

[759] Nach § 1 und nach den hier herausgearbeiteten Kriterien müssen folgende Anforderungen erfüllt sein, damit die Rechtsfolgen des MediationsG zur Geltung kommen:

[760] Mediation:

1. Es kommt darauf an, dass die Mediation *formell* als „reine“ Mediation [115] durchgeführt und als Verfahrenscontainer [549][667] aufgefasst werden kann, also nicht lediglich die Anwendung einer Methode darstellt.
2. Versprochen wird ein auf eine Vereinbarung (MDV) zurückzuführendes Verfahren, bei dem die Suche der Parteien nach einer Lösung durch Verstehensvermittlung erfolgt. Die versprochene Mediationsdienstleistung entspricht dem Wesen der Mediation [39]. Ihre (zu prüfenden) gesetzlichen Merkmale wurden bei der Kommentierung zu § 1 erörtert [665]ff.
3. Unausgesprochenes Merkmal ist das Vorliegen der Rechtsverbindlichkeit, die sich in einem

⁶²⁷ Siehe im Anhang

Rechtsbindungswillen ausdrückt und mit dem MV bzw. der MDV herzustellen ist.

[761] Mediator:

[762] Die Anforderungen an den Mediator ergeben sich aus § 1 Abs. 2. Nicht erforderlich ist es, dass der Mediator die Mediation als Beruf ausübt [572]. Entscheidend ist, dass der (Haupt-) Beruf des Mediators die *erwartete* Rolle erlaubt. Bei der Subsumtion ist zu prüfen:

4. Es dürfen keine Ausschlussgründe vorliegen.
5. Der Mediator muss eine, die Sachkunde [956] ermöglichende, nicht näher spezifizierte Ausbildung vorweisen können [952]⁶²⁸.

Die Geeignetheit

[763] Üblicherweise prüfen Juristen die Statthaftigkeit eines Verfahrens. Die Statthaftigkeit besagt, ob das gewählte Verfahren das erlaubte und zugelassene Verfahren ist⁶²⁹. Weil die Mediation ein privatautonomes Verfahren ist, benötigt sie weder eine Erlaubnis noch eine Zulassung. Für die Mediation ist deshalb der in der Literatur verwendete Begriff der Geeignetheit⁶³⁰ zutreffender, wenn es darum geht, festzulegen, ob die Mediation das in Frage kommende Verfahren ist. Mithin beschreibt die Geeignetheit die Kompatibilität von Fall und Verfahren. Sie erlaubt die Abgrenzung zu anderen Verfahren.

⁶²⁸ Der zertifizierte Mediator ist keine Voraussetzung zur Ausübung der Mediation.

⁶²⁹ Siehe Duden (statthaft)

⁶³⁰ Unberath in Greger/Unberath § 2 Rdnr. 114

[764] Zu Recht weist *Unberath* darauf hin, dass die Mediation nicht als ein Allheilmittel angepriesen werden dürfe⁶³¹. Die Vorstellung allerdings, dass *der zu behandelnde Konflikt* für die Mediation *geeignet* sein solle, assoziiert, als müsse sich der Konflikt um die Mediation bewerben. Besser wäre es zu fragen, ob *die Mediation* das zur Konfliktlösung der Parteien geeignete Verfahren ist. *Brinkamp* und *Spillner* führen aus, dass sich die Mediation in Abgrenzung zum Gerichtsverfahren immer dann eigne, „... wenn der Rechtsstreit Ausdruck eines Grundkonflikts ist, der nicht im Prozess aufgearbeitet werden kann“⁶³². Nach *Glasl* ist die Mediation erst dann angebracht, wenn der Konflikt so weit eskaliert ist, dass die Konfrontation durch die Angst vor Gesichtsverlust, Drohstrategien oder gar wechselseitige Schädigungen geprägt wird⁶³³. Dessen ungeachtet wird die Mediation in der heutigen Praxis jedoch bedenkenlos auch in geringeren Eskalationsstufen angewendet, wie z.B. bei der sondierenden Mediation [110] oder der telefonischen Shuttle Mediation.

[765] Checklisten sollen schließlich helfen, die Auswahl der Mediation als das einschlägige Verfahren zu erleichtern und zugleich die Eignungskriterien festzulegen. Bei genauem Hinsehen, finden sich dort allerdings Prüfpunkte, die nicht nur objektive, sondern auch subjektive Kriterien einbeziehen. So wird beispielsweise auf die intel-

⁶³¹ vgl. auch *Risse/Bach* SchiedsVZ 2011, 14 f

⁶³² *Brinkamp, Spillner*: Mediation – Wann soll der Anwalt dazu raten? BRAK-Mitt. 4/2007, Seite 147

⁶³³ *Glasl* (Konfliktmanagement), S. 380ff.

lektuelle Fähigkeit des Medianten abgestellt⁶³⁴. Drogen oder Gewalt gelten als Ausschlusskriterium, ebenso wie die Mediation bei Konflikten mit strukturellen Machtgefällen⁶³⁵. Übersehen wird, dass die Mediation durchaus mit diesen Phänomenen umgehen kann, nicht aber notwendigerweise jeder Mediator [772].

[766] Um eine an objektiven Kriterien zu messende *Geeignetheit* herauszustellen, bietet sich die den Juristen geläufige Prüfung der Statthaftigkeit als Orientierung an. Sie ist von der Mediationszulässigkeit zu unterscheiden, die wiederum von individuellen Leistungsmerkmalen des Mediators beeinflusst sind. Die bereits im Vorfeld zu untersuchende Frage der objektiven Geeignetheit erwartet lediglich die Prüfung, dass

- ein Konflikt vorliegt, und
- die Suche nach einer Lösung opportun ist, um den Konflikt beizulegen.

Ausgangspunkt einer jeden Mediation ist somit eine Konfliktanalyse. Sie soll helfen, den zu bearbeitenden Konflikt zu identifizieren und die Mediation zu planen.

✎ Unterlassene Prüfung der Geeignetheit

Die Konfliktanalyse

[767] Der methodische Zugang und der Ausgangspunkt jeder Mediation ist die Durchführung einer sogenannten

⁶³⁴ vgl. Deubner Verlag Mediation, typische Mediationssituationen, http://www.familienrecht.de/wp-content/uploads/mediation_mandatssituationen.pdf DI: 3.3.2013

⁶³⁵ *Unberath* in Greger/Unberath § 2 TRdnr. 115

Konfliktanalyse. Aus ihr ergeben sich nicht nur Antworten auf die Frage, ob die Verfahrensvoraussetzungen gegeben sind, sondern auch, wie das Verfahren zu gestalten ist. Die **Konfliktanalyse** ist keine Verfahrensvoraussetzung, aber der Schlüssel, um die Verfahrensvoraussetzungen festzustellen und das Verfahren zu planen. Sie beantwortet nicht nur die zur Prüfung der Geeignetheit ausschlaggebende Frage, ob ein Konflikt vorliegt oder nicht. Sie erschließt auch die Frage nach dem anzuwendenden Mediationsmodell und der als konfliktbetroffen einzubeziehenden Personen. Sie hat sogar Auswirkungen auf die Themengestaltung. In komplexeren Fällen fertigt der Mediator so genannte Konfliktlandkarten an, um die Beziehungen in ihrer Dynamik, das Zusammenspiel der Konflikte und die zu beteiligenden Personen nachzuvollziehen. Wegen ihrer Bedeutung für das Verfahren ist es als ein Mediationsfehler anzusehen, wenn der Mediator die in jeder Lage des Verfahrens zu verifizierende Konfliktanalyse unterlässt.

✎ Unterlassene Konfliktanalyse

[768] Die von *Walz* zitierte Auffassung, der Konflikt stelle kein notwendiges Wesensmerkmal von Mediation dar⁶³⁶, kollidiert mit der heute im Gesetz gewählten Begrifflichkeit [662]. Nach § 1 Abs. 1 ist die Mediation das geeignete (statthafte) Verfahren, wenn „die Parteien eine Beilegung *ihres Konfliktes* anstreben“. Sicherlich wird das Tatbestandsmerkmal Konflikt [689] im weitest denkbaren Sinne verstanden. Es schließt die Streitbeilegung mit ein.

⁶³⁶ *Walz* (Interessenkoordination), S. 3447

Der Suchauftrag

[769] Neben dem Vorliegen eines Konfliktes ist die Annahme eines Suchauftrages ein weiteres wesentliches Merkmal zur Bestimmung der Geeignetheit [763]. Die Bereitschaft zur Beilegung des Konfliktes und der damit einher gehende Suchauftrag (resultierend aus dem vereinbarten Ziel, eine Lösung zu finden) werden oft mit dem Merkmal der Freiwilligkeit verwechselt. Die Bereitschaft nach einer Lösung zu suchen grenzt die Mediation von den Verfahren ab, wo es darum geht, eine Lösung durchzusetzen.

Die Zulässigkeitsvoraussetzungen

[770] Wie in den juristischen Verfahren ist auch in der Mediation die Zulässigkeit in jeder Lage des Verfahrens festzustellen. Da die Mediation auf einen privatrechtlichen Vertrag (letztlich die MDV) gestützt wird, decken sich die Zulässigkeitskriterien mit den parteilichen Handlungskriterien. Mithin beantwortet die Zulässigkeit Fragen, ob die Voraussetzungen für eine wirksam mögliche Verhandlung mit der Folge einer rechtswirksamen, konfliktbeilegenden Einigung gegeben sind. Sie ist anzunehmen, wenn das Verfahren von den dazu berufenen Personen rechtsgültig vereinbart werden kann. Im Rahmen der Zulässigkeit hat der Mediator zu prüfen:

- **Die Identifikation der Parteien**

Der Mediator hat sich davon zu überzeugen, dass die „zuständigen“ Personen miteinander verhandeln. Zu diesem Zweck verschafft er sich einen

Überblick über die erforderliche Parteikonstellation [204].

▪ **Die Parteifähigkeit**

Der Mediator prüft, ob und inwieweit die Medianten als Partei auftreten und verbindliche Erklärungen abgeben können [322].

▪ **Die Mediationsfähigkeit**

Für die MDV genügt die Feststellung der Mediationsfähigkeit [417] als Zulässigkeits- oder Verhandlungsvoraussetzung.

▪ **Die Mediandenfähigkeit**

Die Mediandenfähigkeit entspricht der Verhandlungsbefugnis im Zivilgerichtsprozess. In der Sprache der Mediation ist es die Überprüfung der (Konflikt-) Betroffenheit [414].

▪ **Der Wirkungsbereich**

Der Mediator prüft den Wirkungsbereich der möglichen Verhandlungen. Kommt er zu dem Ergebnis, dass eine Partei nicht korrekt oder nicht repräsentiert wird, dann muss er prüfen, ob und unter welchen Bedingungen die Mediation fortgesetzt werden kann.

▪ **Die Mediatorenbefugnis**

Der Mediator muss die erforderliche Sachkunde [956] herleiten können [723][746]. Es darf kein Tätigkeitsverbot⁶³⁷ vorliegen. Unabhängigkeit und Neutralität müssen in der Person des Mediators gewährleistet sein.

⁶³⁷ § 3 Abs. 2 und 3

Verfahrensmängel

[771] Wenn die Geeignetheit [763] wegfällt oder wenn Zulässigkeitsmängel aufkommen, ist das Verfahren abubrechen, falls die Zulässigkeitsvoraussetzungen nicht (wieder) hergestellt werden können und eine wirksame Einigung nach den Grundsätzen der Mediation nicht möglich ist. Führt der Mediator das Verfahren trotz erkennbarer Zulässigkeitsmängel, begeht er einen Mediationsfehler.

✎ Verfahren trotz Verfahrensmängeln

Die subjektive Eignung

[772] Nach dem hier verfolgten Konzept werden subjektive, auf den Mediator bezogene Merkmale von den objektiven Kriterien getrennt, damit die Verfahrensauswahl nicht mit der Mediatorenauswahl vermischt werden kann. Leider lässt sich die subjektive Eignung nicht ohne weiteres an den mit der ZMediatAusvV festgelegten Kriterien ermitteln. Auch die Standards der Verbände geben keine verlässliche Auskunft über die Kompetenz des Mediators. Wichtig ist, dass der Mediator das Potenzial der Mediation erkennt, um daran seine persönlichen Grenzen zu messen. Die Mediationsfähigkeit [417] des Medianten korrespondiert durchaus mit der Kommunikationsfähigkeit des Mediators. Es ist leicht, zu behaupten, dass eine nicht abstraktionsfähige Partei nicht mediationsfähig sei, weil ihr intellektuelle Fähigkeiten fehlten. Wer aber beurteilt, ob ein versierter Mediator nicht dennoch in der Lage wäre, das Manko auszugleichen, indem er sich vermehrt auf die analoge Sprache einlässt. So ge-

sehen relativiert sich die Mediationsfähigkeit der Partei. Das gleiche gilt für Machgefälle und Drogenkonsum. Hier ist es die Entscheidung des Mediators und natürlich stets des Einzelfalles, womit der Mediator umgehen kann und womit nicht. Seine Eignungskriterien ergeben sich nicht zwingend aus dem Ausbildungsnachweis, aber ganz sicher aus seinem Profil⁶³⁸.

Die permanente Überprüfungspflicht

[773] Selbstverständlich hat der Mediator darauf hinzuweisen, wenn Bedenken gegen die Geeignetheit, die Zulässigkeit oder die persönliche Eignung bestehen⁶³⁹. Weil sich derartige Bedenken auch noch im Verlauf des Verfahrens herstellen können, hat der Mediator die Prüfung nicht nur einmalig zu Beginn des Verfahrens, sondern in jeder Lage erneut durchzuführen. Unterlässt er den Hinweis, riskiert er die Haftung, wenn er die Mediation dennoch durchführt.

✎ Fehlender Hinweis auf Verfahrensbedenken

§ 2 Verfahren; Aufgaben des Mediators

Der vom Gesetzgeber vorgegebene Titel des Paragraphen heißt "Aufgaben des Mediators". Was aber genau die Aufgaben des Mediators sind, wird nicht beschrieben. Sie erschließen sich aus dem Wesen der Mediation [35] und den damit vorgegebenen Zielen.

⁶³⁸ Wikipediation (Profil des Mediators)

⁶³⁹ *Unberath* in Greger/Unberath § 2 Rdnr. 118

(§ 2 MediationsG Abs. 1)

Die Parteien wählen den Mediator aus.

[774] Der Mediator sollte stets ein Vertragspartner der Medianden sein, entweder als Partei des MV oder der MDV. Dann erscheint es wie eine Selbstverständlichkeit, dass Vertragsparteien ihre Vertragspartner selbst auswählen. Dennoch mag es Konstellationen geben, wo der Hinweis des Gesetzgebers als ein wahrzunehmendes Recht besonders herauszustellen ist. Zu denken ist an die institutionelle Mediation [143] oder die Donatormediation, wenn der Stifter den Mediator bestimmt [140]. Auch die Rechtsschutzversicherungen müssen sich angesprochen fühlen, wenn sie den Mediator vorgeben. Rechtsschutzversicherungen nehmen immer häufiger Mediation als Leistung in ihren Leistungskatalog mit auf. Dies ist eine Reaktion darauf, dass Mediation von den Parteien eines Konfliktes immer häufiger nachgefragt wird. Entsprechend wünschen die Parteien im Rahmen der Rechtsschutzversicherung auch die Übernahme der Kosten einer Mediation. Dass die Rechtsschutzversicherungen die Kosten der Mediation oder gar der außergerichtlichen Vertretung nur dann übernehmen, wenn die Mediation durch einen von der Rechtsschutzversicherung ausgewählten Mediator durchgeführt wird, wurde mit dem Urteil des LG Frankfurt nunmehr untersagt⁶⁴⁰. Die Verhinderung der freien Mediatorenwahl ist ein Verstoß gegen § 2 Abs. 1.

⁶⁴⁰ Wikipediation (Mediationsverpflichtung durch Rechtsschutzversicherung); LG Frankfurt 07.05.2014, 2-06 O 271/13

✎ Keine freie Mediatorenwahl

[775] Die Versicherung kann die Kostenübernahme allerdings davon abhängig machen, dass der Mediator entsprechend den Vorgaben in § 5 qualifiziert ist. Solange die Verordnung nach § 6 nicht existiert⁶⁴¹, kann offen bleiben ob Rechtsschutzversicherungen in diesem Fall nur für die Tätigkeit zertifizierter Mediatoren Kosten tragen müssen. Als sicher kann angesehen werden, dass die Mediatoren durch die Versicherung nicht anhand zufälliger, intransparenter und diskriminierender Kriterien ausgewählt werden dürfen.

[776] Da es keine allgemein anerkannten Vergütungssätze für Mediatoren gibt, sind Rechtsschutzversicherungen auch nicht verpflichtet, jeglicher Honorarforderung zu entsprechen. Sie dürfen die Zahlung jedoch nicht von einer vorherigen Vergütungsvereinbarung mit der Rechtsschutzversicherung abhängig machen. Die Rechtsschutzversicherung ist verpflichtet, ein angemessenes Honorar zu bezahlen, um den Versicherten die freie Auswahl eines ausreichend qualifizierten Mediators zu ermöglichen, dem die Medianden bereit sind, ihr Vertrauen zu schenken. Dies muss auch ermöglichen, ausdrücklich ein höheres Honorar mit dem Mediator zu vereinbaren. Beispielsweise werden Parteien bei einem Konflikt in einem komplexen IT-Projekt einen Mediator beauftragen wollen, der über Erfahrung bei der juristischen Begleitung von IT-Projekt verfügt und auch schon Konflikte aus IT-

⁶⁴¹ Aktuelle Informationen auf: [Wikipediaion \(ZMediatAusbV\)](#)

Projekten als Mediator begleitet hat⁶⁴². Mediatoren, die eine solche zusätzliche Qualifikation besitzen, können eine höhere Vergütung vereinbaren. Die Medianden müssen zumindest die Möglichkeit haben, die Differenz zwischen der angemessenen und von der Versicherung zu bezahlenden Vergütung zur tatsächlichen Vergütung selbst zu tragen.

[777] Nur der Vollständigkeit halber sei der ebenfalls als selbstverständlich anzusehende Hinweis angebracht, dass sich auch der Mediator *sowohl* für die Medianden *als auch* für deren Fall zu entscheiden hat. Es wäre fatal, wenn er einen Fall annimmt, bei dem es von vorne herein feststeht, dass er weder den Medianden noch dem Problem gewachsen ist.

✎ Unreflektierte Fallannahme

Es ist als ein Mediationsfehler einzustufen, wenn der Mediator Fälle oder Medianden annimmt, mit denen er nichts anzufangen weiß. Eine Mediation „auf gut Glück“ ist unprofessionell. Der Mediator hat die Inkompatibilität, eventuelle Widerstände und zu erwartende Probleme mit den Medianden abzustimmen, falls er sich trotzdem für die Durchführung der Mediation entscheidet.

(§ 2 MediationsG Abs. 2)

Der Mediator vergewissert sich, dass die Parteien die Grundsätze und den Ablauf des Mediationsverfahrens verstanden haben und freiwillig an der Mediation teilnehmen.

⁶⁴² Beispiele bei Lapp in Schmidt/Lapp/Monssen, Mediation in der Praxis des Anwalts, § 7 X.

[778] Die Grundsätze des Verfahrens und dessen Ablauf zu verstehen, ist ein wichtiger Indikator für das strategisch korrekte Handeln der Parteien.

Das Verfahrensverständnis

[779] Die Parteien *müssen* verstanden haben wie und unter welchen Bedingungen das Verfahren ablaufen soll. Nur so können sie aktiv daran teilnehmen und sich rol-lengerecht verhalten. Die Abstimmung über das Verfahren zählt zur Herstellung des Rahmens auf der Metaebene in Phase eins. Sie ist Teil des Verfahrensrituals [21]. Es gibt inhaltliche Überschneidungen zwischen den Vertragsinhalten und den Verfahrensregeln. Viele Vertragsmuster nehmen die Grundsätze des Verfahrens in die vertraglichen Vereinbarungen auf⁶⁴³. Hier erfolgt eine strikte Trennung zwischen MV [221] und MDV. Nur die MDV beinhaltet die Regeln des Verfahrens. Sie sind mit den Medianden abzustimmen [785].

[780] Das Gesetz unterscheidet in § 2 Abs. 2 nicht zwischen den wesensbestimmenden Merkmalen [38] und den zur Durchführung erforderlichen Prinzipien [39]. Auch werden nicht alle Prinzipien aufgeführt [722] allerdings wird die Freiwilligkeit in besonderer Weise exponiert. Damit die Mediation in dem ihr typischen Kommunikationsmodell [74] ablaufen kann, müssen die Parteien ihr Wesen verstanden haben, wenigstens, dass es sich um ein auf Win-Win (Positivsummenspiel) Ergebnisse gerichtetes kooperatives Verfahren handelt, bei dem es

⁶⁴³ vgl. Vertragsmuster der DGM <http://www.dgm-web.de/download/MedVereinbarung2013.pdf> dl 8.9.2014

um die Suche nach einer allseits akzeptablen Lösung geht. Sie müssen die Rolle des Dritten und ihre eigene Rolle verstanden haben, sowie die wesentlichen Prinzipien [488] der Mediation. Der Ablauf des Verfahrens wird durch die Phasen beschrieben [21]. Es ist ein gravierender Verfahrensfehler, wenn diese Abstimmung unterbleibt.

✎ Fehlende Rahmenbildung

Die Gesprächsregeln

[781] Viele Mediatoren neigen dazu, Gesprächsregeln vorzugeben. Gesprächsregeln sind jedoch keine Verfahrensregeln. Sie können Bestandteil der MDV sein, auch wenn sie nicht zum Verstehen des Verfahrens beitragen und keine Verfahrensgrundlagen darstellen. Meistens handelt es sich um Mediationsabreden (MA). Sie werden im Nachgang zur MDV, am Ende der Phase eins oder noch später bei aufkommendem Bedarf festgelegt. Es ist herauszustellen, dass die Vorschrift des § 2 Abs. 2 nicht zur Einführung von Gesprächsregeln verpflichtet. Damit berücksichtigt der Gesetzgeber, dass ihre Einführung nur mit der größtmöglichen Zurückhaltung erfolgen sollte. Wenn der Mediator nicht abgestimmte (vereinbarte) oder nicht veranlasste Regeln einseitig vorgibt, riskiert er, dass sich die Medianten nicht daran gebunden fühlen. Sie werden sich im Zweifel auch nicht daran halten. Der Mediator wird zu spüren bekommen, dass er *keine* (juristische) Macht besitzt, seine Regeln durchzusetzen [192]. Er sollte sich deshalb darauf beschränken, Solche Regeln

lediglich vorzuschlagen, um sie mit den Medianden zu vereinbaren, wenn sie dafür einen Bedarf erkennen.

✎ Nicht konkret veranlasste Regeln werden verordnet

[782] Die Erarbeitung von Gesprächsregeln erschließt, wie die Medianden selbst ihre Gesprächskultur einschätzen. Sie trägt dazu bei, die Konfliktdanalyse zu konkretisieren. Sie trägt dazu bei, die Konfliktdanalyse zu konkretisieren. Man mag darüber streiten, ob die direktive und unreflektierte Einführung von Gesprächsregeln, wie hier angenommen, einen Mediationsfehler darstellt. In einer Fehlersumme könnten sie sich durchaus als kausal für den Verfahrensablauf und mithin für das Ergebnis erweisen. Sie decken die Haltung des Mediators auf und führen dazu, dass genau das, was die Begründung zum MediationsG vom Mediator erwartet, nicht erreicht wird, nämlich „die *Schaffung* ... einer adäquaten (zur Mediation passenden) Verhandlungsatmosphäre“. In jedem Fall belegt es einen schlechten Stil, wenn den Medianden ohne Anlass irgendwelche Regeln vorgegeben werden. Natürlich kann der Mediator jederzeit die Einführung von Gesprächsregeln *vereinbaren* [785]. Ob er es sollte, ist vom Eskalationsgrad des Konfliktes abhängig.

✎ Unreflektiertes Einführen von Regeln

Die Prüfungspflicht

[783] Nach § 2 Abs. 2 hat sich der Mediator zu *vergewissern*, dass die Parteien verstanden haben, worum es in der Mediation geht, und dass sie freiwillig an der Mediation teilnehmen. Vergewissern bedeutet nachsehen, prü-

fen, ob etwas tatsächlich geschehen ist oder zutrifft⁶⁴⁴. Interessanterweise hat der Gesetzgeber eine *Prüfungspflicht* angenommen, nicht eine *Gestaltungspflicht*, wie sie dem Verfahrensritual [21] entspräche. Die gesetzliche Formulierung sollte mit Respekt auf die Rechtsnatur der Mediation nicht zu der Annahme verführen, die Mediation sei ein verordnetes Verfahren. Sie mag deshalb im Gesetz überarbeitet werden.

✂ Verfahrensgrundsätze vereinbaren statt überprüfen

[784] Entgegen dem gesetzlichen Wortlaut ist es eine häufig zu beobachtende Herangehensweise, wenn der Mediator den Parteien sofort nach der Begrüßung Instruktionen zur Mediation verabreicht, anstatt sich zunächst selbst davon zu überzeugen, was die Sicht der Parteien auf das Verfahren ist, um Aussichten und Möglichkeiten dann gegebenenfalls anzugleichen. Man könnte sogar einen Mediationsfehler darin sehen, wenn der Mediator es unterlässt, die Vorkenntnisse und Erwartungen der Parteien in Phase eins abzufragen.

✂ Mediator fragt keine Erwartungen ab

[785] Das Gesetz beschreibt weder warum, noch *wie* sich der Mediator zu vergewissern hat. Grundsätzlich mag davon ausgegangen werden, dass Vertragsparteien sich beim Abschluss eines Vertrages (in diesem Fall also der MDV) über dessen Inhalt und die sich daraus ergebende Verteilung von Rechten und Pflichten bewusst sind. Geht man wie hier davon aus, dass eine Mediation stets mindestens eine MDV erfordert [407], erscheint die Ver-

⁶⁴⁴ Duden (vergewissern)

pflichtung des § 2 Abs. 2 wie die Erwähnung einer Selbstverständlichkeit. Andererseits lässt die Art und Weise, wie diese Vorschrift in das Gesetz aufgenommen wurde vermuten, dass der Gesetzgeber selbst nicht davon ausgegangen war, die Mediation müsse stets auf einen Vertrag gestützt sein. Möglicherweise hatte er auch im Sinn, dass der Mediator die wesentlichen Vertragsinhalte nicht kennt oder verschweigen könnte. Die Begründung liest sich wesentlich stimmiger und praxisnäher. Dort wird der Mediator verpflichtet, zu *gewährleisten*, dass die Parteien über die Sachlage und das Verfahren voll informiert sind und freiwillig an der Mediation teilnehmen⁶⁴⁵. Es ist definitiv richtig, dass die Kenntnisse der Grundzüge des Verfahrens und das Wissen um die Kündigungsmöglichkeit eine unverzichtbare Voraussetzung darstellen, damit das Verfahren im Sinne einer Mediation ablaufen kann und dass der Mediator das Verfahrensritual [21] durchführt. Der Mediator muss *wenigstens* die in § 2 erwähnten Inhalte abstimmen. Zu Recht führen *Diop* und *Steinbrecher*⁶⁴⁶ an, dass es *nicht* ausreicht, wenn sich der Mediator lediglich *vergewissere*, ob die Medianden die Grundsätze der Mediation verstanden haben. Vielmehr müssten sie über die Inhalte der MDV *Einigkeit* erzielen. Die erforderliche Abstimmung mündet dann in einem Mediationsvertrag, bzw. in die MDV. Weil Verträge stets freiwillig geschlossen werden, erübrigt sich die oft zu hörende stereotype Frage: „Sind Sie freiwillig hier?“. Was geschieht, wenn der Mediand antwortet: „Nein, mein Arbeitgeber hat mich zur Teilnahme ge-

⁶⁴⁵ Begründung S. 22

⁶⁴⁶ *Diop / Steinbrecher* (Mediationsgesetz)

zwungen“. Muss die Mediation jetzt abgebrochen werden? Sicherlich nicht. Der Druck des Arbeitgebers ergibt das *Motiv* des Medianden zur Teilnahme. Seine Willensfreiheit ist im juristischen Verständnis damit nicht eingeschränkt. Allerdings kommt es für das Gelingen der Mediation weniger auf das Teilnahmemotiv als darauf an, ob Verhandlungsbereitschaft besteht. Selbst wenn diese zu verneinen ist, gelingt es dem Mediator oft bereits in den ersten Gesprächssequenzen, die Partei zur aktiven Teilnahme zu motivieren. Umgekehrt mag der Mediand die Frage der freiwilligen Teilnahme bejahen, ohne dass er zu Verhandlungen bereit ist. Entscheidend ist, dass der Mediand *innerlich* darauf eingestellt ist, mit der Gegenseite nach (anderen) Lösungen zu suchen. Wie er zu dieser Einstellung gekommen ist oder gebracht wird, ist zweitrangig. Die Frage könnte allerdings für die Interessenerhellung in Phase drei eine Rolle spielen. Der Mediator wird die fehlende Verhandlungsbereitschaft bemerken und thematisieren. Gelingt es ihm *nicht*, die Verhandlungsbereitschaft herzustellen, ist die Mediation nicht durchführbar.

✎ Mangelnde Verhandlungsbereitschaft übersehen

[786] Die Überprüfung, ob die Parteien die Inhalte des Mediationsvertrages bzw. der MDV wirklich verstanden haben, setzt deren Sichtbarmachung voraus. Auch wenn die Information in standardisierter Form etwa mittels einer Mediationsordnung [201] bereitgestellt wurde, befreit dies den Mediator *nicht*, die wesentlichen Aspekte individuell zu vereinbaren und abzustimmen⁶⁴⁷. Es ge-

⁶⁴⁷ Anders Greger in Greger/Unberath Teil II § 2 Rn 104

nügt also nicht, zu fragen: „Haben Sie die Ausführungen verstanden?“ Wenn die Frage bejaht wird und die Antwort überprüft wurde, *muss* die Frage folgen: „Stimmen Sie ihnen auch zu?“

✎ Mediation wird erläutert statt vereinbart

[787] Da die Verhandlung der Vertragsinhalte sinnvollerweise *vor* dem Vertragsabschluss liegt, findet sie – rechtlich gesehen – außerhalb der Mediation statt, wenn der MV wie etwa nach einem kostenlosen Vorgespräch [1194] eingeführt wird. Verfahrenstechnisch betrachtet verwirklicht dieses Gespräch bereits das Verfahrensritual und führt gegebenenfalls zum Abschluss des Arbeitsbündnisses, also der MDV.

[788] Die Erörterung dessen, was Mediation ist, markiert den Inhalt der Phase eins. So betrachtet liegen sie innerhalb der Mediation. Davon ausgehend, dass die Mediation mit dem MV beginnt, lägen wesentliche Teile der Phase eins außerhalb des Mediationsverfahrens. Es wäre deshalb konsequent, die Mediation als faktische Mediation bereits in diesem Stadium beginnen zu lassen, wohingegen ihre Legitimation durch den Mediationsvertrag nachgeschoben wird. Folgerichtig werden diese Teile dann durch Bezugnahme mit dem Vertragsabschluss eingeführt⁶⁴⁸. Es besteht kein Grund, die Phase eins zu wiederholen, nur weil sie durch den Vertragsabschluss unterbrochen wurde. Diese Problematik taucht regelmäßig beim kostenlosen Vorgespräch auf [1194].

⁶⁴⁸ *Trossen / Diedrich* (Mediationsvertrag)

[789] **Der Gesetzgeber hat keinen Zeitpunkt genannt, wann sich der Mediator zu vergewissern hat.** Der Zeitpunkt ergibt sich jedoch aus dem Verfahrensablauf. Im Grunde hat die Vergewisserung in jeder Lage des Verfahrens zu erfolgen. Auch wenn der Mediator die Grundsätze und Prinzipien zu Beginn der Mediation geklärt und abgestimmt hat. Es wird immer wieder vorkommen, dass die Parteien aus dem Rhythmus kommen und in ein Nullsummenspiel zurückfallen. Schon auf diese Weise geben die Parteien dem aufmerksamen Mediator genügend Hinweise, die es ihm ermöglichen, zu prüfen, ob sie die Einführung wirklich und korrekt verstanden haben oder nicht. Er kann also abwarten, wie sich die Parteien im Verlauf des Verfahrens verhalten werden. Bemerkt der Mediator beispielsweise im Verlauf des Verfahrens, dass die Parteien konfrontieren, statt zu kooperieren, mag dies ein Indiz dafür sein, dass der Mediant das Ziel aus den Augen verloren hat oder dass er es gar nicht verstanden hat. Jetzt muss der Mediator zurück in Phase eins und nachbessern. Praktisch bedeutet dies, er verbalisiert seine Beobachtung und stimmt das Verfahren erneut ab.

✎ Konfrontation übergangen

Die Informations- und Offenbarungspflichten

[790] Es genügt nicht, auf Eigenschaften und Prinzipien der Mediation hinzuweisen, ohne die korrespondierenden Konsequenzen herauszustellen, die sich für die Medianten außerhalb des Verfahrens ergeben. Somit ergeben sich aus der zuvor beschriebenen Überprüfungs-

pflicht, ebenso wie aus dem Grundsatz der Transparenz, sowohl Hinweispflichten, wie direkte und indirekte Informations- und Offenbarungspflichten.

Hinweispflichten:

1. Fristenüberwachung [684]
2. Außerprozessuales Verhalten [684].
3. Vertraulichkeitslücken.

✍ Unterlassene Hinweise

Indirekte Informationspflichten sind:

1. § 2 Abs. 1: Möglichkeit zur freien Mediatorwahl.
2. § 2 Abs. 2: Grundzüge und Ablauf des Verfahrens
3. § 2 Abs. 2: Freiwilligkeit [673][783] sowie nach § 2 Abs. 5 die Möglichkeit der jederzeitigen Beendigung des Verfahrens.
4. § 2 Abs. 3: Möglichkeit und Zustimmungsbedarf für Einzelgespräche.
5. § 2 Abs. 4: Möglichkeit und Zustimmungsbedarf bei Beteiligung Dritter.
6. § 2 Abs. 6: Hinweis auf Dokumentation

Direkte Informationspflichten:

1. § 2 Abs. 6: Hinweis auf Beratungsbedarf durch externe Berater.
2. § 4: Auskunftspflicht über den Umfang der Vertraulichkeit [668]/ Verschwiegenheitspflicht.

[791] Offenbaren bedeutet die Eröffnung von etwas Verborgenem⁶⁴⁹. Der Begriff der Offenbarungspflicht wird

⁶⁴⁹ Wikipedia (Offenbarung)

mit der Titulierung des § 3 vom Gesetzgeber selbst eingeführt. Es handelt sich um eine Informationspflicht, die gegebenenfalls unaufgefordert abzuliefern ist. Die so bezeichneten Offenbarungspflichten sind:

1. § 3 Abs. 1 MediationsG verlangt die Offenbarung über Tatsachen, falls die Neutralität und Unabhängigkeit in Frage gestellt werden könnte.
2. § 3 Abs. 5 verpflichtet (nur auf Verlangen) zur Auskunft über die Qualifikation.

Die Verletzung von Informations- und Offenbarungspflichten stellt einen Mediationsfehler dar.

✎ Informations- und Offenbarungspflicht verletzt

(§ 2 MediationsG Abs. 3)

Der Mediator ist allen Parteien gleichermaßen verpflichtet. Er fördert die Kommunikation der Parteien und gewährleistet, dass die Parteien in angemessener und fairer Weise in die Mediation eingebunden sind. Er kann im allseitigen Einverständnis getrennte Gespräche mit den Parteien führen.

[792] Dass der Mediator allen Parteien gleichermaßen verpflichtet ist, ergäbe sich auch ohne den Hinweis in § 2 Abs. 3 wenn davon ausgegangen wird, dass alle Medianten Vertragspartner der MDV werden. Der Gesetzgeber hat mit dieser Formulierung das Prinzip der Allparteilichkeit [705] in Worte gefasst⁶⁵⁰.

⁶⁵⁰ Begründung S. 23

Die Gleichbehandlung

[793] Im juristischen Verständnis bedeutet die Gleichstellung nicht automatisch die faktische Gleichbehandlung⁶⁵¹. In der Mediation könnte eine völlige Gleichbehandlung sogar ein Ungleichgewicht herbeiführen. Gemeint ist allerdings, dass alle Informationen an alle Parteien gleichermaßen weitergegeben werden und alle Parteien am Fachwissen des Mediators in gleicher Weise teilhaben können⁶⁵². Diese Anforderung ist zu unterstreichen. Sie ist aus Gründen der Neutralität geboten und folgt dem Prinzip der Informiertheit.

[794] Umgekehrt erlaubt es gerade der Grundsatz der Allparteilichkeit [705], die Parteien ungleich zu behandeln. So wird der Mediator einer weniger eloquenten Partei mehr Raum und Aufmerksamkeit widmen und ihr die Unterstützung anbieten, die nötig ist, sich zu erklären. Er wird stets bemüht sein, den Parteien diejenige Unterstützung zu geben, die sie benötigen, um auf gleicher Augenhöhe verhandeln zu können. Eine dazu führende Ungleichbehandlung liegt vor, wenn der einen Partei mehr Leistungen zukommen als der anderen. So gesehen stellt schon ein Einzelgespräch eine einseitige Mehrleistung dar. Sie wird vom Prinzip der Allparteilichkeit abgedeckt. Die Allparteilichkeit dient dem Ausgleich von Macht- und Leistungsgefällen. Sie erlaubt es, sich dem individuellen Niveau der Parteien anzupassen und es durch dementsprechend mehr oder weniger Unterstützung auszugleichen. Zur Wahrung der Transparenz und um Fehleindrücke

⁶⁵¹ Wikipedia (Gleichstellung)

⁶⁵² Seite 22

cke zu vermeiden, sollte er jegliche Ungleichbehandlung ausschließlich diesem Zweck widmen und den Medianden gegenüber transparent machen. Das Tatbestandsmerkmal „gleichermaßen“ bedeutet deshalb eine zwar ungleiche, aber *gleichwertige* Anteilnahme des Mediators.

✎ Ungleichbehandlung nicht erläutert

Die Kommunikationsförderung

[795] Eigentlich ist es weniger der Mediator, der die Kommunikation fördert, als die Mediation selbst. Sie steuert das Denken wie im Kognitionsprozess beschrieben [106]. Der Mediator muss in der Lage sein, den hinter der Mediation liegenden Rhythmus zu erkennen, um die Medianden in diesen Flow einführen zu können⁶⁵³. Seine Reflexionsfähigkeit ist ausschlaggebend dafür, ob und inwieweit er die Kommunikation der Medianden fördert oder nicht. **Die Mediation ist ein Klärungsprozess.** Zur Aufklärung sind die Sichtweisen und Gedanken der Medianden zu reflektieren. Genauer gesagt sind es die Medianden, die ihre Sichtweisen und Gedanken zu reflektieren haben. Demzufolge geht es bei der Mediation nicht – wie viele meinen – darum, die Medianden zu beschwichtigen. Stattdessen geht es darum, den Medianden zur selbstkritischen Wahrnehmung und zu präzisiertem Denken zu verhelfen. Dieser Auftrag ergibt sich aus der geschuldeten Dienstleistung. Voraussetzung ist, dass der Mediator selbst eine kritische Wahrnehmungsfähigkeit besitzt und in der Lage ist, in kleinen Schritten, nach Per-

⁶⁵³ Trossen (Guide)

sonen, Eigenschaften, Situationen, Ebenen, Fakten, Meinungen, Emotionen, Beziehungen u.v.a.m. getrennt wahrzunehmen. Diese Fähigkeit ist ein Profilerkmal, an dem sich der Mediator (auch außerhalb der Mediation) zu messen hat. Die Fähigkeit zur getrennten und differenzierten Wahrnehmung und zur dementsprechenden Kommunikation hilft dem Mediator, das Gespräch innerhalb der Phasen und entsprechend den jeweiligen Anforderungen der jeweiligen Phase zu strukturieren.

Die Angemessenheit und die Fairness

[796] Hier erwartet das Gesetz ein Verhalten des Mediators. Er hat sicherzustellen, dass die Mediatoren in angemessener und fairer Weise in das Verfahren eingebunden werden. Interessanterweise spricht das Gesetz von der Einbindung der Mediatoren, nicht von Verfahrensführung.

[797] Der Grundsatz der Angemessenheit korrespondiert mit dem Prinzip der Eigenverantwortlichkeit. Angemessen heißt nicht „gleich“ sondern „verhältnismäßig“. Verhältnismäßig bedeutet entsprechend den Möglichkeiten und Ressourcen. Es geht darum, die Parteien zur Geltung kommen zu lassen. Wie, das beschreibt der Grundsatz der Fairness.

[798] Der Grundsatz der Fairness bezieht sich auf einen Begriff, der dem Sport entlehnt wird. Er steht für „anständig“, „gerecht“. Die Rechte und die Präsenz des Anderen sollen berücksichtigt werden. Niemand soll benachteiligt werden. Eine faire Einbindung ist nur in einem fairen Verfahren möglich. Mithin und indirekt ver-

pflichtet § 2 Abs. 3 deshalb auch den Mediator die Grundsätze der Fairness zu beachten. Fairness ermöglicht nach *Fromm*, in einer für alle einsichtigen Weise, die Rechte des jeweils anderen zu achten, *ohne* Verantwortung für ihn zu übernehmen⁶⁵⁴. Das Gebot der Fairness wird oft mit dem Gebot der Nächstenliebe verwechselt. Auf diese Weise schleichen sich ethische Maßstäbe in die Mediation ein, die in einem wertfreien Verfahren nichts zu suchen haben. *Fromm* führt aus, dass "seinen Nächsten lieben" heißt, sich für ihn verantwortlich und sich eins mit ihm zu fühlen, während die Fairness-Ethik das Ziel verfolgt, sich *nicht* verantwortlich *für ihn* und eins mit ihm zu fühlen, sondern *von ihm getrennt* und *distanziert* zu sein; sie bedeutet, dass man zwar die Rechte seines Nächsten respektiert, nicht aber dass man ihn liebt⁶⁵⁵. Die Ethik der Fairness wirkt sich auf die Art und Weise aus, wie der Mediator im Einvernehmen mit den Medianden das Verfahren gestaltet und ob und inwieweit er Verantwortung im Verfahren für die Parteien übernimmt.

Die Einbindung (in die Mediation)

[799] Der Hinweis, dass *die Parteien* in das Verfahren einzubinden sind, könnte wieder den Eindruck erwecken, als sei das Verfahren ein solches des Mediators und kein gemeinsames [783]. Zutreffender und besser zum Wesen der Mediation passend, wäre es, von einer gegenseitigen Einbindung auszugehen. Sie erfolgt mit dem Abschluss

⁶⁵⁴ <http://www.fairness-stiftung.de/pdf/Fromm.pdf>, DI 1.9.2012

⁶⁵⁵ Fromm (Die Kunst des Liebens), DI 1.9.2012

der MDV. Sie setzt sich mit der gemeinsamen Verfahrensgestaltung, der allparteilichen Gesprächsführung, der nachvollziehbaren Verfahrensorganisation und dem Setting fort. Sie ist Ausdruck der Haltung des Mediators und dem Bild, das er von der Mediation hat. Ein Fachmann kann aus seinem Verhalten Rückschlüsse auf die Kompetenz und die innere Einstellung ziehen. Ein Laie wird es zu spüren bekommen.

Einzelgespräche

[800] Was der Gesetzgeber zutreffender als getrennte Gespräche bezeichnet, sind in der Fachsprache sogenannte Einzelgespräche. Sie werden Caucus genannt [144], wenn sie über Verhandlungsabschnitte verlaufen. In den angelsächsischen Mediationen ist der Caucus ein Standard, der entweder zu Beginn der Mediation oder nach Phase zwei eingeleitet wird. Der Caucus unterscheidet sich von der so genannten Joint Session, der Verhandlung in Anwesenheit aller Mediatoren in erster Linie durch das Setting, welches sich aus der Abwesenheit der anderen Partei ergibt. Der Mediator führt einen Dialog, was - bei genauem Hinsehen - durchaus auch der Kommunikation im Windows eins⁶⁵⁶ in einer Joint Session entspricht [145]. Er spricht dort zwar einzeln mit den Parteien, nicht aber in getrennten Gesprächen.

[801] Der Zweck des (abgetrennten) Einzelgesprächs sollte darin liegen, Gespräche zwischen den Parteien zu ermöglichen. Keinesfalls kommt es darauf an, dem Mediator Informationen zukommen zu lassen. Er ist wegen des

⁶⁵⁶ Wikipediation (Windowstechnik)

Prinzips der Indetermination ohnehin nicht an einer Informationsverarbeitung interessiert und könnte die im getrennten Gespräch aufkommenden Informationen auch nicht verwerten. Allerdings kann er der Partei eine Entlastung verschaffen und sie über die Verwertung der Information beraten. **Tatsächlich bieten getrennte Gespräche eine Erleichterung für den Mediator und mitunter auch für die Medianden.** Die Auffassung, dass Einzelgespräche ein Indiz für eine mindere Qualität der Mediation seien⁶⁵⁷, ist unzutreffend. Wohl ist zu beobachten, dass bei Mediationen nach angelsächsischem Vorbild, bei denen der Caucus der Regelfall ist, Ungenauigkeiten des Mediators - etwa bei der Phasentrennung - weniger gravierende Auswirkungen haben als bei Gesprächen in der Joint Session. Andererseits bietet der Caucus die Herausforderung, dass der Mediator die Erkenntnisse des Einzelgesprächs der nicht anwesenden Gegenseite zu vermitteln hat. Der authentische Eindruck, den die Parteien voneinander in einer Mediation gewinnen können, geht verloren. Der Caucus ist deshalb für die transformative Mediation [94] generell ungeeignet.

[802] **Einzelgespräche sind immer dann sinnvoll, wenn es den Parteien nicht gelingt, sich im Rahmen der Mediationsöffentlichkeit zu offenbaren**⁶⁵⁸. Es gibt unterschiedliche, aber durchaus vernünftige Anlässe für Einzelgespräche:

⁶⁵⁷ Diese Auffassung vertreten manche Mediatoren in Gesprächen mit dem Herausgeber.

⁶⁵⁸ Parteiöffentlichkeit

1. Psychologische Anlässe für Einzelgespräche sind zum Beispiel die Überwindung von Scham und Tabus oder die Überwindung der Unerträglichkeit, welche die Präsenz der Gegenseite bei hoch eskalierten Konflikten auslöst⁶⁵⁹.
2. Organisatorische Anlässe können Einzelgespräche etwa bei großer, räumlicher Distanz nahe legen.
3. Einseitige Fragen und Beschwerden über die Vorgehensweise des Mediators können ein Einzelgespräch veranlassen.
4. Anlässe können sich bei Gruppenmediationen ergeben, wo die Medianden in der Gruppe Schwierigkeiten haben, sich zu öffnen.
5. Die Parteien werden trotz der Zusicherung der Vertraulichkeit in der Mediation kaum geneigt sein, strategische Fragen zu offenbaren. Wenn z.B. die akute Insolvenz ansteht, wäre eine solche Information in einer Wirtschaftssache unangebracht, weil sie der Gegenseite einen strategischen Vorteil einräumen würde. Im Einzelgespräch mit dem Mediator wäre eine solche Information möglich und unschädlich. Allerdings wäre sie auch nutzlos und allenfalls zur psychologischen Erleichterung geeignet, wenn der Mediator sie nicht weitergeben darf.

[803] Nach einer in der Literatur vertretenen Auffassung soll nicht jedes getrennte Gespräch ein Einzelgespräch

⁶⁵⁹ *Glasi* vertritt die Auffassung, dass ab Eskalationsstufe 7 eine Trennung der Parteien erforderlich sei. Vgl. Stangl (Mediation), DI: 1.3.2013

i.S.d. § 2 Abs. 3 Satz 2 sein. Die Abgrenzung wird über den Inhalt vorgenommen. Danach sollen organisatorische oder nicht zum Thema gehörende Gespräche nicht von § 2 Abs. 3 S. 2 erfasst werden⁶⁶⁰. Umgekehrt wären Einzelgespräche ohne vorherige Zustimmung unzulässig, wenn sie sich auf Verfahrensthemen erstrecken. Eine solche Unterscheidung ist kaum praktikabel. Insbesondere wäre bereits das vorbereitende Gespräch mit der Auftrag gebenden Partei rechtswidrig, wo sich der Mediator zunächst einseitig zur Prüfung der Statthaftigkeit des Verfahrens über den Konflikt informiert und gegebenenfalls sogar die Einschätzung der Partei abfragt. In der Praxis gibt es keinen Grund zur inhaltlichen Differenzierung zwischen zulässigen und unzulässigen Einzelgesprächen, wenn – wie hier dargelegt [800] – das Einverständnis auch nachträglich eingeholt werden kann. Wie in der Literatur zu Recht ausgeführt, soll das Einverständnis in das Einzelgespräch das Vertrauen in die Neutralität sicherstellen⁶⁶¹. Warum das Vertrauen im einen Fall gefährdet sein soll, im anderen aber nicht, ist nicht nachvollziehbar. **Um Misstrauen von vorne herein zu vermeiden, ist es deshalb richtiger, jedes Einzelgespräch von dem Einverständnis der Parteien abhängig zu machen.**

[804] Begrifflich bezeichnet ein Gespräch die verbale Kommunikation von Menschen. Das Gespräch kann der Dialog in seinen verschiedensten Formen sein, der Monolog, das Geplauder, die Diskussion, die Debatte oder die

⁶⁶⁰ So in etwa auch *Unberath* in Greger/Unberath § 2 Rdnr. 147, der wörtlich jedoch nur organisatorische Fragen ausnimmt

⁶⁶¹ *Unberath* in Greger/Unberath § 2 Rdnr. 147

Konversation. Format und Form des Einzelgespräches sind unbedeutend. Mithin ist das Telefonat in der von den Rechtsschutzversicherungen so bezeichneten Shuttle-Mediation ebenfalls als ein Einzelgespräch im Sinne des § 2 Abs. 3 zu bewerten.

✎ Keine Erlaubnis für Shuttle-Telefonie

[805] Auch der Schriftverkehr kann Gesprächsqualität haben. Die Vorschrift des § 2 Abs. 3 S. 2 ist somit auch auf Online-Mediationen anzuwenden. Sie betrifft dort insbesondere den bei der asynchronen Mediation üblichen E-Mail-Austausch. In allen Fällen gilt, dass die Art der Kommunikation mit den Parteien zu erläutern und zu vereinbaren ist.

✎ Nicht ausgehandelte Kommunikationswege

[806] Einseitig in Empfang genommene Schriftstücke oder E-Mails stellen jedoch kein Gespräch dar, welches *der Mediator* getrennt mit den Parteien führt. § 2 Abs. 3 S. 2 ist somit nicht einschlägig. Dennoch empfiehlt *Unberath* als vertraulich dem Mediator zugestellte Schriftstücke nicht zur Kenntnis zu nehmen, ohne vorher die Gegenseite von dessen Eingang des Schriftstückes in Kenntnis gesetzt zu haben⁶⁶². Dieser Rat ist spätestens beim Empfang von E-Mails schwierig umzusetzen. Aber auch bei Briefen ist zunächst davon auszugehen, dass die Partei eine Mitteilung zu machen hat, von der sie zunächst nicht will, dass die Gegenseite von ihr erfährt. Die nicht empathische Verweigerung der Kenntnisnahme hilft im Zweifel nicht, sich auf die Situation der Partei einzustellen. Der

⁶⁶² *Unberath* in Greger/Unberath § 2 Rdnr. 147

Mediator ist zur Neutralität verpflichtet, aber auch zur Allparteilichkeit [705]. Letztere rechtfertigt es, dass er sich für das Anliegen interessiert. Die Information kann für die weitere Organisation der Gespräche ebenso dienlich sein wie für den Verstehensprozess selbst. Ob aus der Eingabe ein „Gespräch“ wird, ist abhängig davon, wie der Mediator darauf reagiert. Es wäre praxisfern, solche Kontaktmöglichkeiten mit dem Hinweis abzulehnen, dass zuvor die Genehmigung der Gegenseite einzuholen sei. Deshalb ist eine Regelung im Vertrag anzuraten, wann und wie Einzelgespräche als genehmigt gelten.

□ Einverständnis für Einzelgespräche

Der Mediator sollte jeden Anschein vermeiden, der seine Neutralität in Frage stellen kann. Deshalb muss er die Gegenseite alsbald informieren, wenn Gespräche – gleich welcher Art - stattgefunden haben. Diese Pflicht leitet sich juristisch aus § 3 Abs. 1 ab. Zu groß ist das Risiko, dass sein Verhalten ansonsten als parteilich angesehen wird und über die Allparteilichkeit [705] hinausgeht.

[807] **Alle getrennten Gespräche sind als vertraulich zu behandeln** [925]. Der Mediator hat eine Erlaubnis von seinem Einzelgesprächspartner einzuholen, ob er die dort erhaltenen Informationen der Gegenseite zugänglich machen darf oder nicht. Er ist gut beraten, diesen Mechanismus bei der Einholung der Erlaubnis zur Durchführung von Einzelgesprächen vorzustellen.

✎ Keine Erläuterung der Einzelgesprächshandhabung

[808] Genau darin liegt zugleich die Herausforderung für den Mediator. Die Parteien könnten sich veranlasst se-

hen, ihn in ihr Vertrauen zu ziehen und den Mediator zu ihrem Verbündeten zu machen. Der Mediator hat also darauf zu achten, dass durch die Einzelgespräche und die Art und Weise ihrer Durchführung seine Neutralität nicht in Frage gestellt werden kann.

✎ Der Mediator lässt sich ins Vertrauen ziehen

[809] Der Mediator muss im Einzelgespräch gegebenenfalls darauf hinweisen, dass er kein Parteivertreter ist und auch nicht ein Teil des „Spiels“, bei dem Parteien gerne nach Verbündeten suchen. Zieht er hier keine klaren Grenzen, kann es passieren, dass er in den Konflikt hineingezogen wird.

[810] Der Gesetzgeber verwendet nicht die Fachtermini wie Caucus oder (Einzel-)Sitzung. Das spricht dafür, dass Gespräche *generell* mit einzelnen Medianden unzulässig sind, soweit sie nicht von ALLEN Medianden gestattet wurden.

[811] **Das Gesetz besagt nicht, wann und wie das Einverständnis einzuholen ist.** Das Zivilrecht kennt die Zustimmung. Sie ist in den §§ 182 ff. BGB geregelt. Wird die Zustimmung vor dem Rechtsgeschäft erteilt, so heißt sie Einwilligung. Die nachträgliche Zustimmung ist die *Genehmigung*. Die Zustimmung ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung. Die Tatsache, dass der Gesetzgeber nicht die juristischen Termini für die Zustimmung verwendet, lässt die Schlussfolgerung zu, dass ein Einverständnis keine explizite Erklärung voraussetzt. Es bezeichnet lediglich den Willen, der eine irgendwie zum Ausdruck kommende Zustimmung erkennen lässt. Liegt sie nicht bereits vor dem Einzelgespräch vor, kann sie

nachgeholt werden. Die in der Literatur vertretene Auffassung, die Einwilligung müsse vor dem Einzelgespräch explizit eingeholt werden, ist weder plausibel noch praktikabel.

[812] Passiert es also, dass der Mediator aus irgendwelchen Gründen ein Einzelgespräch mit einer Partei führt, dann ist er gut beraten, die andere Seite davon sobald möglich zu informieren; nicht aus Rechtsgründen, sondern um Misstrauen zu vermeiden.

[813] Zu Einzelgesprächen kommt es häufig, *bevor* die Mediation beginnt. Sie sind von dem Gesetz nicht betroffen, da sie außerhalb der (legitimierten) Mediation stattfinden. Solche Gespräche sind Akquisegespräche. Oft unterhält man sich mit der Partei, wie man die Gegenseite in den Prozess einbeziehen kann. Hier empfiehlt es sich, die nicht beteiligten Parteien im Nachgang auch über solche Gespräche zu informieren; nur aus dem Grund, um Misstrauen zu vermeiden. Es gilt das Prinzip der Transparenz. In jedem Fall sollte das Führen von inhaltlich relevanten und verabredeten Einzelgesprächen wie der Caucus von den Parteien vorher zugestanden sein.

(§ 2 MediationsG Abs. 4)

Dritte können nur mit Zustimmung aller Parteien in die Mediation einbezogen werden.

[814] Eigentlich ist der Mediator die (neutrale) dritte Person. Dies ist das Wesensmerkmal der triadischen Verfahren [64]. Wenn das Gesetz hier von Dritten spricht, sind

damit andere Personen gemeint als die Parteien und der Mediator.

Dritte

[815] *Unberath* definiert Dritte als alle, die *nicht* am Mediationsvertrag beteiligt sind⁶⁶³. Dies bedarf der Präzisierung. Es kann vorkommen, dass der MV mit Personen abgeschlossen wird, die selbst nicht an der Mediation teilnehmen. Ein Beispiel ist die Donatormediation [140]. Der Spender ist zwar Vertragspartei zumindest des MV. Auf das Verfahren selbst bezogen ist er aber Dritter. Es wäre auch nicht zutreffend, Dritte als alle diejenigen zu bezeichnen, die nicht Vertragspartner der MDV sind. Sie kann sich zwar präziser auf die Verfahrensbeteiligten beziehen. Weil Dritte aber auch Parteien der MDV werden können [423], ergibt sich aus der Vertragsparteieneigenschaft ebenfalls kein stimmiges Abgrenzungskriterium. Zielführender ist es deshalb, auf die Medianden abzustellen und Dritte als diejenigen Personen zu definieren, die nicht Medianden oder Mediatoren sind. Von den Dritten sind die nicht teilnehmenden Interessenbetroffenen [419] zu unterscheiden.

Beistände und Berater

[816] Beistände sind "Zweite" i.S.d. monadischen, dyadischen und triadischen Verfahrenseinteilung [64]. In der Mediation werden sie als "Dritte" i.S.d. § 2 Abs. 4 bezeichnet. Obwohl es sich um Prozessvertreter handeln mag, sind sie nicht privilegiert und dürfen ohne die Zu-

⁶⁶³ *Unberath* in Greger/Unberath § 2 Rdnr 133

stimmung der Medianden an der Mediation nicht teilnehmen. Die Begründung führt aus⁶⁶⁴: „Dritte im Sinne dieser Vorschrift können insbesondere Rechtsanwälte oder andere Parteivertreter sein“. Die Anwesenheit von Beiständen bringt möglicherweise ein Ungleichgewicht. Sie kann dazu führen, dass die Parteien, die keinen Beistand haben, sich benachteiligt fühlen. Schon aus diesem Grund ist der Mediator gehalten, ihre Anwesenheit zu thematisieren und einen Konsens darüber herbeizuführen, ob und wie sie in das Verfahren eingebunden werden oder nicht. Die Begründung bekräftigt⁶⁶⁵: „Eine anwaltliche Begleitung in der Mediation ist daher nur mit Zustimmung sämtlicher Parteien möglich“. Der Gesetzgeber wollte mit dieser Vorschrift sicherstellen, dass auch bei der gerichtlichen Mediation, obwohl im Verfahren Anwaltszwang herrschen mag, die Anwesenheit der Parteivertreter nur mit Zustimmung der Parteien möglich ist.

[817] *Unberath* weist mit Hinweis auf die Beschlussempfehlung des Bundesrates⁶⁶⁶ darauf hin, dass der vermutete Ausschluss der Beistände problematisch sei, weil die Anwesenheit der Beistände im Interesse der Parteien zu unterstellen sei⁶⁶⁷. In der Praxis erweist sich der Einigungsvorbehalt jedoch auch in diesem Fall als ein Segen. Ein Anwalt beispielsweise, der sich nicht in den Rhythmus der Mediation einfühlen kann oder will, kann eine Mediation zunichtemachen. In dem Fall ist es ein will-

⁶⁶⁴ Begründung Seite 23

⁶⁶⁵ Begründung Seite 23

⁶⁶⁶ Beschlussempfehlung des Bundesrates BR Drucks. 60/1/11 S. 4

⁶⁶⁷ *Unberath* in Greger/*Unberath* § 2 Rdnr. 135

kommenes Korrektiv, wenn seine Anwesenheit unter den Vorbehalt der Zustimmung aller Medianden steht. In jedem Fall muss der Mediator die Rolle des Beistandes verdeutlichen. Zum einen, damit die Parteien darüber korrekt entscheiden können, zum anderen damit der Berater die Chance hat, sich konstruktiv einzubringen. Es ist als ein Mediationsfehler anzusehen, wenn der Mediator dies unterlässt.

✎ Rolle des Beraters nicht erläutert

Partei- oder Prozessvertreter

[818] Eine Vertretung ist in der Mediation normalerweise nicht nötig, wenn die Partei anwesend ist. Wenn ein Vertreter aber dennoch anwesend ist, wird er deshalb nicht zum Medianden. Auch jetzt ist es eine Frage der Vereinbarung, ob und wie der Parteivertreter einbezogen werden kann. Selbst wenn der Parteivertreter anstelle der Medianden erscheint, bedarf es der Zustimmung aller, ob er als Teilnehmer akzeptiert wird oder nicht. Aus der Sicht des Mediators mag es zu akzeptieren sein, wenn er Interessenbekundungen abgeben kann. Die Entscheidung obliegt ihm jedoch nicht alleine. Die Medianden müssen bereit sein, auch mit dem Parteivertreter zu verhandeln. Der Mediator muss in Phase eins die Rollen klären und gegebenenfalls die Mitwirkungsbefugnisse im Einvernehmen mit den Parteien festlegen.

✎ Fehlende Klärung der Interessenträgerschaft

Gutachter, Experten

[819] Dritter kann auch ein Gutachter sein. Denkbar ist, dass eine streitige Sachfrage zu klären ist und dass die Medianden entscheiden, den Sachverständigen unmittelbar befragen zu wollen. Schon weil seine Teilnahme Kosten auslösen wird, empfiehlt es sich in der Praxis, sich nicht nur über die Notwendigkeit seiner Einbeziehung, sondern auch über die Kostentragung zu einigen.

Zeugen und Sachverständige

[820] Dritter kann auch ein Zeuge sein. Zeugen in der Mediation sind ungewöhnlich, weil die Frage, wer etwas richtig oder falsch gemacht hat, in der Mediation keinen Raum findet. Besser zur Mediation passt es, von **Auskunftspersonen** zu sprechen. Sie sind einzubeziehen, wenn es um die Einschätzung lösungsbezogener und nicht tatrelevanter Tatbestände geht. Wenn Zeugen benannt werden, hat der Mediator also stets zu fragen, ob und inwieweit sie zur *Lösungsfindung* beitragen. Die Mediation ist nicht dafür gedacht, ein Verhalten zu ahnden. Denkbar ist die streitige Frage, um die Bewertung eines zu verteilenden Grundstücks klären zu können oder die Zuverlässigkeit eines erwarteten Verhaltens. Für Zeugen gilt das Gleiche wie für Sachverständige. Es würde keinen Sinn machen, Zeugen einzuladen, ohne Einwilligung aller Beteiligten. Die Sinnhaftigkeit ergibt sich aus der Natur der Mediation. Wenn die Vorladung nicht geeignet ist, die Partei von streitigen Tatsachen zu überzeugen, dann ist sie zu unterlassen.

✎ Beweiserhebung statt Auskunft

Hospitanten

[821] Es besteht besonders bei Hospitanten ein großes Interesse, an Mediationen zu Ausbildungszwecken teilzunehmen. Hospitanten sind Dritte i.S.d. § 2 Abs. 4.

Zuschauer

[822] Zumindest theoretisch kann der Dritte auch ein Zuschauer sein. Die Mediation ist ein nicht öffentliches Verfahren, woraus sich analog dem Gerichtsverfahren ergibt, dass Dritte eine Erlaubnis für die Teilnahme bedürfen. Indem das Gesetz nur den Dritten erwähnt, der in das Verfahren *einbezogen* werden soll, ist der Fall des passiven am Verfahren nicht involvierten Zuschauers vom Wortlaut her nicht gedeckt. Das Wort *einbinden* beschreibt das Einbeziehen oder Einfügen durch feste Verbindung. Das Gesetz meint jedoch, wie die Begründung ergibt, die bloße Anwesenheit.

TV / Öffentlichkeit

[823] Oft wurde argumentiert, Stuttgart 21 sei schon deshalb keine Mediation, weil dieses Verfahren öffentlich übertragen wurde. Es stellt sich die Frage, was passiert, wenn die Medianten zustimmen, dass über ihre Mediation im TV berichtet wird. Ist die Mediation deshalb keine Mediation mehr? Die Vertraulichkeit [668] ist ein unterstützendes Prinzip. Sie wird oft mit der Geheimhaltungspflicht übersetzt. Ihr kommt aber noch eine andere Bedeutung zu. Wenn der Mangel an Geheimhaltung den Prozess nicht gefährdet, wenn die Parteien also dennoch das Vertrauen füreinander aufbringen können und offen

miteinander sprechen (etwa weil es keine schützenswerten Geheimnisse gibt), dann ist die Verstehensvermittlung mithin die Mediation dennoch möglich. Die Vertraulichkeit ist ein Prinzip das die Mediation absichern soll. Obwohl die Öffentlichkeit ganz sicher untunlich ist, muss sie zugelassen werden können, wenn die Parteien dies wünschen und damit einverstanden sind. Dies ist ein Ausfluss der Privatautonomie. Dagegen spricht nur der Wortlaut des Gesetzes, wenn das in § 2 Abs. 4 verwendete Tatbestandsmerkmal *einbeziehen* eine irgendwie geardete Mitwirkung bedeutet. Gerade bei der Zulassung von Öffentlichkeit hat der Mediator zu prüfen, ob die Öffentlichkeit von der Partei ein Mittel zum Zweck ist. Wenn beispielsweise eine Partei mit dem Hintergedanken, die andere Partei bloß zu stellen, auf Öffentlichkeit besteht, dann ist ihre Zulassung kontraproduktiv. Der Mediator muss also die Hintergründe, warum Öffentlichkeit gewünscht oder zugelassen wird, genau aufklären. Ohne die Einwilligung aller Medianden und Vertragsparteien ist die Zulassung jeglicher Form von Öffentlichkeit zu unterbinden.

✎ Hintergründe für Einbeziehung Dritter nicht geklärt

[824] Wenn keine Bedenken gegen die Zulassung der Öffentlichkeit erkennbar sind, dann stellt sich das Problem, dass die entfernten, nicht individualisierbaren Zuschauer keine MDV zeichnen können. Sie können also nicht zur Verschwiegenheit verpflichtet werden. Wenn es keine Geheimnisse gibt, dann bedarf es auch keiner Unterzeichnung der Verschwiegenheitsverpflichtung. Es ist al-

so wiederum eine, den Parteien zu überlassende Entscheidung.

Zustimmung der Parteien

[825] Das Gesetz verwendet den rechtstechnischen Begriff der Zustimmung i.S.d. § 182 ff BGB. Es wird somit eine Willenserklärung gefordert. Die Zustimmung kann vorher (Einwilligung) oder nachher (Genehmigung) zu erteilen sein. Die Formulierung im Gesetz, wonach Dritte nur mit *Zustimmung* der Parteien in die Mediation einbezogen werden können, sollte jedoch keine lediglich unter Einwilligungsvorbehalt stehende Entscheidung des Mediators suggerieren. Ein solcher Eindruck würde der Rechtsnatur der Mediation nicht gerecht. Sicherlich hat der Mediator im Einzelfall ein Interesse, die Anwesenheit Dritter vorzuschlagen. Ihr Anwesenheitsrecht gründet indes auf eine *Vereinbarung*, die mit den Medianden im MV, in der MDV oder als MA zu treffen ist.

[826] Bei der hier vorgenommenen Unterscheidung zwischen Vertragsparteien, Medianden und Interessenträgern ist genau zu hinterfragen, wer gemeint sein kann, wenn der Gesetzgeber von *Parteien* spricht. Sicherlich sind in erster Linie die an der Mediation teilnehmenden Personen angesprochen. Immerhin sind sie es, die trotz der Anwesenheit des Dritten oder wegen seiner Anwesenheit die Kommunikationsfähigkeit aufrechterhalten müssen. In jedem Fall ist die Frage der Teilnehmer mit den Medianden zu erörtern.

✎ Fehlende Erörterung der Teilnahmefrage

(§ 2 MediationsG Abs. 5)

Die Parteien können die Mediation jederzeit beenden. Der Mediator kann die Mediation beenden, insbesondere wenn er der Auffassung ist, dass eine eigenverantwortliche Kommunikation oder eine Einigung der Parteien nicht zu erwarten ist.

[827] Wenn das Verfahren als die Vollziehung der Causa [218], mithin des zugrunde liegenden Dienstvertrages gesehen wird, wäre es zumindest rechtstheoretisch möglich, zwar das Verfahren zu beenden, den Dienstvertrag jedoch nicht.

Die Beendigung des Verfahrens

[828] Die Beendigung der Mediation ist stets eine Kündigung. Richtig müsste es also lauten: Jede der Parteien kann das Verfahren, jederzeit durch fristlose Kündigung beenden. Keinesfalls müssen die Parteien sich zusammenschließen, um das Verfahren zu beenden. Folgende Konstellationen sind denkbar:

- Der Mediand kündigt die MDV
- Der Mediand kündigt den MV und die MDV
- Die Partei kündigt den MV

[829] Selbstverständlich kann jeder Mediand die Mediation auf Grund der Freiwilligkeit für sich beenden. Allerdings wirft die Kündigung einer Partei die Frage auf, was dann mit den anderen Rechtsbeziehungen geschieht. Ist die Mediation für sie dann auch gekündigt?

[830] Im Zweifel wird man davon auszugehen haben, dass die Kündigung eines Medianden, der zugleich einer der

Auftraggeber ist, die Kündigung der gesamten Mediation betrifft. Bei der Kündigung eines Medianden, der nicht zugleich Auftraggeber ist, stellt sich die Frage, ob und inwieweit überhaupt eine Weiterführung der Mediation mit den verbliebenen Medianden im Hinblick auf § 3 Abs. 2 möglich ist. Hier wird davon ausgegangen, dass eine Fortsetzung der Mediation zulässig ist, falls die Fortsetzung mit den verbleibenden Medianden einen Sinn ergibt.

▮ Fortsetzungsklausel falls ein Mediand kündigt

[831] Die Sinnfrage betrifft nicht den Standardfall. Sie kann aber bei der Donatormediation (Arbeitgeber) relevant werden, oder bei einer größeren Mediandengruppe (Erbengemeinschaft), wo es auf die Anwesenheit des Säumigen nicht zwingend ankommt. Der Mediator hat den Wirkungsbereich einer möglichen Einigung der verbliebenen Medianden zu überprüfen, gegebenenfalls auch die Themenstellung. Kommt er zu dem Ergebnis, dass eine Einigung trotz der Säumnis eines Medianden einen Beitrag zur Konfliktbeilegung leistet, dann macht die Fortsetzung der Mediation durchaus Sinn.

[832] Ob mit der Kündigung nur eines Medianden die Mediation auch für die noch im Prozess bleibenden Parteien beendet wird, ist, wenn es nicht zuvor festgelegt war oder sich aus der Natur der Mediation ergibt, eine Entscheidung der verbliebenen Auftraggeber und Parteien. Im Zweifel mag davon ausgegangen werden, dass die MDV so eng mit dem zugrunde liegenden MV (z.B. Dienstvertrag) verknüpft ist, dass mit der Beendigung des Verfahrens einer Partei sich auch der zugrunde lie-

gende Mediationsvertrag erledigt - wenigstens, solange sich aus den Vereinbarungen nichts anderes ergibt [371]ff. Ohne eine Fortsetzungsklausel bedarf es des Neuabschlusses eines Mediationsvertrages bzw. der entsprechenden Abänderung der MDV.

[833] Die Kündigung ist von der Suspendierung zu unterscheiden. Die Suspendierung ist keine *Beendigung* der Mediation. Wenn also ein Mediant aus der Mediation wegläuft (was schon einmal passieren kann), ist der Mediator deshalb gehalten, zu fragen, ob das Weglaufen eine Verfahrensbeendigung oder -suspendierung bedeutet. Der Mediator ist weiterhin gut beraten, über die Beendigung ein Einvernehmen herzustellen und die Gründe hierfür - wenn möglich - herauszuarbeiten. Nicht selten erlaubt es diese Reflexion den Parteien, ihren Schritt zu überdenken.

✎ Kein Einvernehmen über die Beendigung

[834] Anders als die Medianten ist der Mediator weniger frei in der Entscheidung, ob er die Mediation aufkündigt oder nicht. Das Gesetz gibt in § 2 Abs. 5 Beispiele dafür, wann seine Kündigung zulässig ist. Die Gründe im MediationsG weichen von denen des § 627 Abs. 2 BGB ab [375]. Gründe für eine Kündigung des Mediators können als Folge seiner Professionalität nicht Unlust oder Willkür sein. Das Gesetz besagt, dass der Mediator die Mediation beenden kann, wenn *er* der Auffassung ist, dass eine einvernehmliche Regelung mit den Parteien nicht zu erzielen ist. Die Kündigung ist eine *einseitige* empfangsbedürftige Willenserklärung. Trotzdem ist der Mediator gut beraten, wenn er diese Erklärung nicht einseitig durch-

führt, sondern die Beendigung im Rahmen eines Aufhebungsvertrages einvernehmlich herbeiführt. Möglicherweise sehen die Parteien die Lage anders und denken, dass eine Einigung trotz der anderen Beurteilung des Mediators möglich ist.

✎ Einseitige, nicht abgestimmte Kündigung

(§ 2 MediationsG Abs. 5)

Der Mediator wirkt 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 fachliche Beratung an der Mediation teilnehmen, auf die Möglichkeit hinzuweisen, die Vereinbarung bei Bedarf durch externe Berater überprüfen zu lassen. Mit Zustimmung der Parteien kann die erzielte Einigung in einer Abschlussvereinbarung dokumentiert werden.

[835] Mit dieser Vorschrift wird das Prinzip der Informiertheit angesprochen [737].

Das rechtliche Gehör

[836] Einige Literaturmeinungen setzen sich mit der Frage auseinander, ob der Mediator rechtliches Gehör zu gewähren habe. Das rechtliche Gehör ist in Art. 103 GG geregelt. Es handelt sich um ein [grundrechtsgleiches Recht](#)⁶⁶⁸. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts verpflichtet [Art. 103](#) Abs. 1 GG das Gericht, die Ausführungen der Prozessbeteiligten zur

⁶⁶⁸ [BVerfG, 26. Oktober 2011](#), Az. 2 BvR 320/11 Rn. 47.

Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen. Dabei soll das Gebot des rechtlichen Gehörs als Prozessgrundrecht sicherstellen, dass die von den Fachgerichten zu treffende Entscheidung frei von Verfahrensfehlern ergeht, welche ihren Grund in unterlassener Kenntnisnahme und Nichtberücksichtigung des Sachvortrags der Parteien haben⁶⁶⁹.“ Schon die Frage nach dem rechtlichen Gehör passt nicht in die Mediation. Sie übersieht, dass der Mediator kein Entscheider ist. Konsequenterweise geht die Literaturmeinung davon aus, dass der Mediator *kein* rechtliches Gehör zu gewähren habe⁶⁷⁰. Der Gedanke, *der Mediator* könnte ein irgendwie geartetes Gehör verweigern, Äußerungen der Parteien übergehen oder gar verhindern, ist mit der Mediation ebenfalls nicht vereinbar. Wenn überhaupt, dann ist es die jeweilige Gegenpartei, die Gehör zu gewähren hat, denn letzten Endes ist sie es, die eine Entscheidung treffen muss. Es ist allerdings die Aufgabe des Mediators, dies zu ermöglichen. Solange er als die Kommunikationsbrücke (triadische Brückenfunktion) fungiert, ist es seine Aufgabe, jegliches (also nicht nur rechtliches) Gehör zu ermöglichen (statt zu gewähren) und sicherzustellen.

✎ Gehör wird nicht gewährleistet

Die Kenntnis der Sachlage

[837] Das rechtliche Gehör wird in der Mediation durch den **Grundsatz der Informiertheit** [737] sichergestellt.

⁶⁶⁹ BVerfG, 8. April 2004, Az. 2 BvR 743/03 Rn. 11.

⁶⁷⁰ Z.B.: Eidenmüller Vertrags- und Verfahrensrecht in der Wirtschaftsmediation 2001, S. 39

Der Grundsatz der Informiertheit stellt die Grenzen sicher, über die zu verhandeln ist. Weil die Mediation in ein wechselseitiges Angebot für eine Abschlussvereinbarung mündet, muss der Mediator darauf achten, dass alle - wie auch immer gearteten Informationen verfügbar sind, welche die Parteien in die Lage versetzen, sich Angebote zu unterbreiten. § 2 Abs. 6 verpflichtet den Mediator dazu, im Falle einer Einigung darauf hinzuwirken, dass die Parteien die Vereinbarung *in Kenntnis der Sachlage treffen und ihren Inhalt verstehen*. Die gesetzliche Formulierung klingt einschränkend. **Richtig ist es, die Informiertheit nicht nur auf die Sachlage, sondern auch auf innere Tatbestände zu erstrecken und auf alle Aspekte zu beziehen, die zur Herbeiführung einer Einigung erforderlich sind oder ihr im Wege stehen könnten.** Natürlich bezieht ein solcher Informationsaustausch die rechtlichen Aspekte ein. Die bloße Tatsache, dass der Mediator nicht entscheidet oder abschließend bewertet, entbindet ihn *nicht* davon, darauf zu achten, dass sich die Medianden zu *allen* konflikt- und rechtsrelevanten Fakten und Meinungen austauschen.

✎ Informationslücken übersehen

[838] Nehmen die Medianden die Gelegenheit, sich zu äußern, erkennbar nicht wahr, hat der Mediator dies zu thematisieren. Übergeht er Anfragen oder verhindert er Äußerungen, ist dies als ein gravierender Fehler anzusehen. Die Parteien werden dies an seiner mangelnden Neutralität festmachen.

✎ Übergangene Informationen (rechtliches Gehör)

Der Beratungshinweis

[839] § 2 Abs. 6 besagt weiterhin, dass die Medianten, die *ohne* fachliche Beratung an der Mediation teilnehmen, auf die Möglichkeit hinzuweisen sind, die Vereinbarung bei Bedarf durch externe Berater überprüfen zu lassen. Während der Referentenentwurf noch vorgesehen hat, dass der Mediator die Parteien auf die Möglichkeit externer Beratung hinweisen sollte, wurde nach der Beschlussempfehlung für den Bundestag das „sollhinweisen“ zu einem „hat ... hinzuweisen“ verfestigt. Die Änderung wurde damit begründet, dass die Verpflichtung des Mediators, eine Vereinbarung durch einen externen Berater überprüfen zu lassen, verstärkt werden soll. Weiterhin wird ausgeführt: „Hierzu zählt bei einer ohne rechtliche Begleitung durchgeführten Mediation insbesondere die Hinzuziehung anwaltlicher Beratung vor Abschluss einer Vereinbarung“. Warum eine rechtliche *Begleitung* einer Mediation überhaupt nötig ist, wird nicht ausgeführt. Man könnte meinen, dass die Vorschrift eine Kompensation des § 2 Abs. 3 Nr. 4 Rechtsdienstleistungsgesetz darstellt⁶⁷¹. Den Mediator betrifft diese Vorschrift allenfalls am Rande. Rechtsansprüche, also die „...rechtliche Prü-

⁶⁷¹ Siehe hierzu die harsche Kritik von Dr. Helmut Kramer, Richter am Oberlandesgericht a.D. als Gutachter zur öffentlichen Anhörung des Rechtsausschusses zum Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsberatungsrechts BT-Drucksache 16/3655: <http://www.kramerwf.de/Stellungnahme-zum-RDG.183.0.html> DI: 1.8.2012. Das beschönigte nicht einmal die damalige Justizministerin in ihrem Beitrag: „Vom Rechtsberatungsmissbrauchsgesetz zum Rechtsdienstleistungsgesetz“, s. Beilage zu NJW Heft 27/2008. „Sonderbeilage zum Rechtsdienstleistungsgesetz“.

fung des Einzelfalls...“ nach § 2 Abs. 1 RDG, würde auf jeden Fall eine in der Mediation verbotene parteiische Handlung darstellen, der sich der Mediator zu enthalten hat. Auch ein Anwaltsmediator ist in *keinem* Fall berechtigt, eine *anwaltliche*, also parteiische Beratung durchzuführen. Wenn überhaupt dann darf er nur eine *rechtliche* Beratung für das gefundene Ergebnis einbringen. Die Hinweispflicht betrifft deshalb *alle* Mediatoren, also auch die Anwaltsmediatoren.

[840] Der Begriff teilnehmen wird auch in § 2 Abs. 2 sowie z.B. in § 36a FamFG verwendet. Die Begründung definiert die teilnehmenden Personen als Medianden⁶⁷². Die begriffliche Definition von Teilnahme ist die Mitwirkung an einem Geschehen⁶⁷³. Ebenso wenig wie das Gesetz differenziert sie nicht zwischen aktiver oder passiver, präsenter oder nicht präsenter Mitwirkung. Der Mediator hat nicht nur in dem Fall auf die Notwendigkeit einer Beratung hinzuweisen, wenn ein Mediand keinen Berater hat, sondern auch, wenn er einen Berater hat, der nicht anwesend ist. Dieser Schritt ist in der Mediation ohnehin vorgesehen. Er geschieht am besten in der WATNA/BATNA Phase. Natürlich macht es keinen Sinn, einen Beratungshinweis zu geben, wo es nichts zu beraten gibt. Die Möglichkeit der Beratung setzt also *Beratungsbedarf* voraus.

✎ Unterlassener Beratungshinweis

[841] Ein Verstoß gegen diese Hinweispflicht bedeutet nicht nur einen Mediationsfehler. Sie ist zugleich ein Ver-

⁶⁷² Seite 20

⁶⁷³ Wikipedia (Begriff), Teilnahme

stoß gegen eine gesetzliche Verpflichtung und führt, wenn daraus ein Schaden entsteht, zur Haftung. Sie bedeutet nicht, dass die Vereinbarung, die ohne Beratung zustande gekommen ist, anfechtbar wäre. Eine ohne Beratung zustande gekommene Abschlussvereinbarung [457] ist trotzdem wirksam.

Die Dokumentation

[842] Die Vorschrift des § 2 Abs. 6 enthält die einzige Fundstelle in der sich der Gesetzgeber über die Dokumentation in der Mediation auslässt. Die Dokumentation des § 2 Abs. 6 ist von der Falldokumentation zu unterscheiden, die dem Mediator mit der ZMediatAusbV auferlegt werden soll⁶⁷⁴. Sie beschreibt den gesamten Prozess und dient neben dem Zertifizierungsnachweis dem eigenen Qualitätsmanagement. Die Falldokumentation wird mit der Kommentierung des Entwurfs der ZMediatAusbV besprochen [1009]. Im Gegensatz dazu meint die Dokumentation i.S.d. § 2 Abs. 6 lediglich die Dokumentation der „erzielten Einigung“. Es geht um nichts anderes als die schriftliche Fassung der Abschlussvereinbarung. Was also soll dokumentiert werden?

[843] Dokumentation ist der Prozess der Erstellung von Dokumenten. Dokumente sind amtliche, offizielle Schriftstücke. Sie dienen als Beweismaterial oder Belegstück. Die dokumentierte Abschlussvereinbarung ist somit ein offizielles Beweismaterial. Grundsätzlich ist es schon aus psychologischen Gründen zu empfehlen, die Abschluss-

⁶⁷⁴ Begründung (ZMediatAusbV), S. 4

vereinbarung – wie auch immer - zu fixieren. Das hat verschiedene Gründe:

1. Die Dokumentation dient der Vergewisserung über den Inhalt. Dokumentierte Vereinbarungen bedürfen der exakten Formulierung. Sie erfordern meist eine größere Aufmerksamkeit als mündliche Absprachen.
2. Die Dokumentation dient zur Gedächtnisstütze, falls zukünftig Fragen auftauchen, was denn genau vereinbart wurde. Deshalb empfiehlt sich eine Dokumentation stets bei komplexeren Inhalten.
3. Die Dokumentation markiert den Abschluss der Mediation und kann ritualisiert werden.

[844] Die Vorschrift setzt das Urteil des OLG Rostock⁶⁷⁵ zumindest teilweise außer Kraft, wonach es einem nicht-anwaltlichen Mediator untersagt war, eine schriftliche Vereinbarung zu protokollieren [281]. Allerdings muss ein nichtanwaltlicher Mediator dennoch zurückhaltend sein, wenn er eine Abschlussvereinbarung protokolliert. Die Begründung zum RDG führt aus: „Auch die über eine bloße Protokollierung des erzielten Mediationsergebnisses hinausgehende Abfassung einer Abschlussvereinbarung kann, soweit rechtliche Inhalte betroffen sind, den Tatbestand der Rechtsdienstleistung erfüllen. Die Zulässigkeit der *reinen* Protokolltätigkeit des Mediators wird im Gesetzestext ausdrücklich genannt und der nicht-rechtsdienstleistenden Mediationstätigkeit zugeordnet,

⁶⁷⁵ OLG Rostock, 2 U 58/00 vom 20.6.2001

um diese Grenze zwischen erlaubnisfreier Mediation und erlaubnispflichtiger Rechtsdienstleistung zu definieren“. Es scheint eine Gratwanderung zu werden, wenn der Mediator – etwa aus dem Gesichtspunkt der Allparteilichkeit [705] – der schwächeren Partei Formulierungshilfen anbietet und bei der Formulierung der Dokumentation der Abschlussvereinbarung aktiv mitwirkt. Die Mediation würde es ihm nicht verbieten, allerdings möglicherweise das RDG. Die Begründung des MediationsG geht etwas weiter und passt sich besser an die Bedürfnisse der Mediation an. Sie stellt zu Recht darauf ab, dass es letztlich die Medianden sind, die ihre Rechtsverhältnisse zu gestalten haben.

[845] Das Problem der Dokumentation und möglicherweise der Hintergrund für den Gesetzgeber, die Dokumentation von der Erlaubnis der Parteien abhängig zu machen, ist deren Beweisbarkeit und die mögliche Durchbrechung der Vertraulichkeit [668]. Die Parteien disponieren über das Ergebnis und somit auch über seine Verwendung und Verwertung. Die Verwendung des Dokumentes im Blick habend, wird es sicherlich auch dementsprechend anderes gestaltet und formuliert sein. So gesehen dient es dem Schutz der Parteien, wenn die Dokumentation nur mit deren Einwilligung (also der vorherigen Zustimmung) zu erstellen ist.

[846] Auch wenn § 4 Ziff. 1 die Verschwiegenheit durchbricht und es dem Mediator gestattet, die Inhalte der Mediation zum Zweck der Vollstreckung zu offenbaren, steht dies dem Zustimmungsvorbehalt zur Dokumentation einer Abschlussvereinbarung i.S.d. § 2 Abs. 6 nicht im

Wege. Und dennoch gibt es einen Zusammenhang zwischen der einen und der anderen Vorschrift. Die Notwendigkeit, sich über Inhalte i.S.d. § 4 Ziff. 1 erklären zu müssen, erübrigt sich, wenn die Dokumentation der Vereinbarung in einer juristisch gebotenen Form erfolgt. Dann gilt der Grundsatz, dass eine Regelung so bestimmt sein muss, dass ein Dritter (Gerichtsvollzieher) ohne weitere Nachfrage in der Lage ist, sie zu Vollstrecken. Die dokumentierte Vereinbarung sollte also in sich stimmig, selbsterklärend und (nach-) vollziehbar sein. Wenn die Abschlussvereinbarung von einer solchen Qualität ist, dann wird sich eine Nachfrage i.S.d. § 4 Ziffer 1 erübrigen.

[847] Bemerkenswert ist die Tatsache, dass der Gesetzgeber die Dokumentation nur für den Abschluss regelt und dann auch noch von der *Zustimmung* der Parteien abhängig macht. Zustimmung ist ein in § 182 BGB legal definierter Begriff. Er erwartet die vorher oder nachher einzuholende Erlaubniserklärung. Am einfachsten für das Verfahren ist es, wenn der Mediator die Einwilligung zur Dokumentation bereits im Mediationsvertrag einholt.

□ Erlaubnis für die Offenlegung der Dokumentation

[848] Die Art und Weise, wie die Dokumentation zu erfolgen hat, ist nicht geregelt. Im angelsächsischen Bereich ist es üblich, dass der Mediator ähnlich dem Notar eine Urkunde erstellt, die in seiner Gegenwart und von ihm als eine Art Beurkundungsperson mitunterzeichnet wird. In Deutschland ist es nicht üblich, dass der Mediator die Urkunde unterzeichnet. Wenn er sie unterzeichnet, dann sollte er seine Rolle als Vereinbarungszeuge herausstel-

len und nicht den Eindruck hinterlassen, dass er eine Urkundsperson oder gar Vertragspartei sei. Auch die Urkunde einer Abschlussvereinbarung sollte klar herausstellen, welche Rolle der Mediator beim Zustandekommen der Vereinbarung eingenommen hat.

✎ Unterzeichnung der Abschlussvereinbarung

Die Protokolle

[849] Die Frage ist nun, ob und wie sich die Regelung des § 2 Abs. 6 auf das Verfassen und die Verwendung von Protokollen auswirkt. Keinesfalls sollte § 2 Abs. 6 S. 3 andere Dokumentationen oder Protokollierungen, wie z.B. die Vereinbarung der MDV, verhindern. Eine Protokollierung ist deshalb zulässig. Tatsächlich findet eine Protokollierung schon deshalb statt, weil (bzw. wenn) der Mediator alle (die wesentlichen) Schritte und Gedanken der Mediation schulmäßig auf dem Flipchart visualisiert. Was üblicherweise nicht erfolgt und auch nicht notwendig ist, ist eine Wortprotokollierung. Eine Protokollierung kann in der Mediation zwei verschiedene Funktionen abdecken:

- Sie verdeutlicht die Gedanken und Gedankengänge, damit die Parteien Klarheit bei der Lösungsfindung haben
- Sie belegt den Verfahrensablauf und die korrekte Anwendung der Werkzeuge.

[850] Die Darstellung des Verfahrensablaufs erfolgt in der Falldokumentation. Das Flipchart hat allerdings einen höheren Beweiswert. Es empfiehlt sich also – wenn nicht bereits in der MDV geschehen – die wichtigsten Regeln

bzw. Vereinbarungen auch über das Verfahren zu visualisieren.

[851] Nicht selten geschieht es, dass die Parteien darum bitten, Ihnen das Flipchart (eine Abschrift) auszuhändigen. Diese Bitte wird mit dem Wunsch begründet, nachzuvollziehen (in Ruhe nochmals zu reflektieren) wie dieser tolle Erkenntnisgewinn (Wechsel der Sichtweisen) zustande gekommen war. Diesem Wunsch sollte unbedingt entsprochen werden. Es ist nicht das Ziel der Mediation verdeckte und nicht nachvollziehbare Ergebnisse herbeizuführen. Die Parteien sollen die Gelegenheit haben, alles in Ruhe zu überdenken und zu reflektieren. Wenn es ihnen hilft, die Interessen auf dem Flipchart nachzuvollziehen, dann ist das ein konstruktiver Beitrag zur Verfestigung des Ergebnisses, wenn der Mediator die Information zur Verfügung stellt. In der rechtlichen Bewertung wäre dies mit der Aushändigung eines Protokolls zu vergleichen.

[852] Ein anderer Fall, in dem Protokolle sinnvoll sind, ergibt die Einschaltung von Beratern und Rechtsanwälten in Phase vier im Rahmen des WATNA/BATNA. Hier hilft die Zusammenstellung der unstreitigen Fakten sowie der offenen Rechtsfragen sicher zu stellen, dass die Informationen an verschiedene Rechtsanwälte gleichförmig, mit einem abgestimmten Sachverhalt und mit gleichförmigen Fragestellungen erfolgen. Hier trägt die Zusammenstellung der wesentlichen Ergebnisse dazu bei, dass die Beratungsergebnisse nach einer abgestimmten Anfrage nicht allzu weit auseinander liegen. Auch

dieser Schritt wird als Protokollierung zu subsumieren sein. Er ist mit Zustimmung der Parteien möglich.

☐ Vertrag sollte sich über Protokolle erklären

Vorsicht ist jedoch geboten, weil die Protokolle auch entgegen ihrer Widmung als beweiserheblich in anderen Verfahren verwertet werden könnten. Diese Gefahr lässt sich vermindern, wenn die MDV in Erweiterung der gesetzlichen Verschwiegenheitsvorschriften auch die Parteien einbezieht und das Weitergeben von Dokumenten und deren Beweisverwertung verbietet.

☐ Im Vertrag Weitergabe von Dokumenten verbieten

Die Handakten

[853] Wenn die ZMediatAusbV in Kraft tritt, wird der Mediator zur anonymen Falldokumentation verpflichtet. Unabhängig davon wird eine interne Dokumentation empfohlen, soweit sie für das Qualitätsmanagement einerseits und zum Tätigkeitsnachweis andererseits erforderlich ist⁶⁷⁶.

Aktenführung

[854] Eine gesetzliche Regelung über die Führung oder Aufbewahrung von Handakten gibt es für Nur-Mediatoren nicht. Die Vorschriften des ausgeübten Berufs könnten einschlägig sein, zumindest ergeben die Vorschriften anderer Berufe eine Orientierung.

⁶⁷⁶ Formularbeispiele: Wikipediation (Formulare)

[855] **Anwaltsmediatoren:** § 150 BRAO besagt: „Unter den Handakten im Sinne dieser Bestimmungen sind nur die Schriftstücke zu verstehen, die der Rechtsanwalt aus Anlass seiner beruflichen Tätigkeit von dem Auftraggeber oder für ihn erhalten hat, nicht aber der Briefwechsel zwischen dem Rechtsanwalt und seinem Auftraggeber und die Schriftstücke, die dieser bereits in Urschrift oder Abschrift erhalten hat. Entsprechendes gilt, soweit sich der Rechtsanwalt zum Führen von Handakten der elektronischen Datenverarbeitung bedient (§ 50 Abs. 2, 4 und 5 BRAO). Die korrespondierende Regelung hierzu, insbesondere das Recht, Handakten zurückzubehalten, findet sich in § 17 BerufsO (BORA).“

[856] **Arztmediatoren:** Für Ärzte ist die Dokumentationspflicht in § 10 MBO-Ä⁶⁷⁷ geregelt. Sie mag einen Anhaltspunkt geben. Die demnach erforderlichen Aufzeichnungen dienen sowohl als Gedächtnisstütze für den Arzt als auch dem Interesse des Patienten an einer ordnungsgemäßen Dokumentation (§ 10 I 2 MBO-Ä). Sie dienen einerseits der Sicherstellung einer ordnungsgemäßen Behandlung / Folgebehandlung und andererseits der Beweissicherung und Rechenschaftslegung.

[857] Die MOB-Ä enthält eine dem § 7a BRAO entsprechende Regelung, die die ärztlichen Verpflichtungen auf die Mediatorentätigkeit ausdehnt, nicht. Die Dokumentationspflicht ergibt sich jedoch als Nebenpflicht aus dem Mediationsvertrag. Der Arzt genießt, wie der Rechtsan-

⁶⁷⁷ MBO-Ä 1997 (Muster-)Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte in der Fassung der Beschlüsse des 114. Deutschen Ärztetages 2011 in Kiel

walt, besonderes Vertrauen seines Patienten, dem er ein besonderes Rechtsgut – die Sorge für sein körperliches bzw. seelisches Wohlbefinden - anvertraut. Dieses Vertrauen setzt sich in anderen beruflichen Tätigkeiten des Arztes fort. Folglich kann der Mediator davon ausgehen, dass der Arzt und Mediator die Umsicht, die er auch in seiner ärztlichen Tätigkeit anwendet, walten lässt. Dazu gehört neben einer Behandlung *lege artis* auch, verantwortlich mit den Ergebnissen umzugehen und sie zu dokumentieren. Da in der Mediation die Mediatoren für die Inhalte verantwortlich sind, beschränkt sich wohl im Allgemeinen die Dokumentationspflicht auf die Persönlichen Daten und die Sicherung der Aufzeichnungen aus den Mediationssitzungen. Wenn im Mediationsvertrag ausdrücklich Abweichendes vereinbart ist, entfällt die Pflicht zur Dokumentation. Etwas anderes gilt freilich dann, wenn der Arzt und Mediator einen Mediationsvertrag abschließt, der eine ärztliche Heilbehandlung mit umfasst.

[858] **Therapeutenmediatoren:** Für die Psychotherapeuten gilt entsprechendes: Die Dokumentations- und Aufbewahrungspflicht ergibt sich hier aus § 9 der Berufsordnung für Psychotherapeuten. Die Dokumentationen sind 10 Jahre lang aufzubewahren. Die Patienten haben ein Einsichtsrecht, sofern die Einsicht sie nicht in ihrer Gesundheit gefährdet. Eine besondere Regelung für Psychotherapeuten - Mediatoren findet sich in der Berufsordnung für Psychotherapeuten nicht. Dennoch sind die Regelungen der Berufsordnung auf den Psychotherapeuten - Mediator nach dem Sinn und Zweck der Ordnung anwendbar.

[859] Die Berufsordnung „...“ sieht sich im Einklang mit berufsethischen Traditionen von akademischen Heilberufen auf nationaler und internationaler Ebene und bezieht sich auf die ethischen Wertentscheidungen, wie sie in den Grundrechten des Grundgesetzes der Bundesrepublik Deutschland verankert sind. Die Berufsordnung stellt die Überzeugung der Psychotherapeuten zu berufswürdigem Verhalten gegenüber Patienten, Kollegen, anderen Partnern im Gesundheitswesen sowie zum Verhalten in der Öffentlichkeit dar. Die Berufsordnung dient dem Ziel, das Vertrauen zwischen Psychotherapeuten und ihren Patienten zu fördern, den Schutz der Patienten zu sichern, die Qualität der psychotherapeutischen Tätigkeit im Interesse der Gesundheit der Bevölkerung sicherzustellen, die freie Berufsausübung zu sichern, das Ansehen des Berufs zu wahren und zu fördern und auf berufswürdiges Verhalten hinzuwirken und berufsunwürdiges Verhalten zu verhindern. Auf diese Regelungen vertraut der Patient, der sich dem Psychotherapeuten anvertraut. Gleiches muss zunächst für den Medianten gelten. Der Umfang der Dokumentations- und Aufbewahrungspflicht hängt freilich auch hier von der Aufklärung der Medianten und der dementsprechenden Ausgestaltung des Mediationsvertrages ab. Wird eine ausdrückliche Abgrenzung zur psychotherapeutischen Tätigkeit vorgenommen, können die Dokumentationspflichten abbedungen werden.

[860] **Mediatoren:** Zusammenschlüsse von Mediatoren, Zentren, Verbände, aber auch IHK's haben teilweise Regelungen zu der Dokumentations- und Aufbewahrungspflicht getroffen. Eine einheitliche Richtung, die für die

Mediation als Leitfaden anerkannt werden könnte, gibt es jedoch nicht. Die Mitglieder und Mediatoren dieser Einrichtungen unterwerfen sich durch Ihre Verbindung oder Mitgliedschaft den jeweiligen Regeln. Für den Mediationskunden ist die Verbands- und Vereinigungslandschaft regelmäßig nicht überschaubar. Wenn nicht – wie in den oben angeführten Beispielen – Vertrauensschutz durch die Außenwirkung eines bestimmten Berufsstandes begründet ist, sollte zum Schutz der Medianden, solange die Mediation ihrer Logik entsprechend große Gestaltungsspielräume hat, gelten, dass die Aufbewahrungs- und Dokumentationsregeln im Einzelfall zu vereinbaren sind. Widrigenfalls gelten die Allgemeinen Gesetze.

□ Dokumentation und Aufbewahrung von Handakten regeln

[861] Beispiele finden sich in den „Verhaltensregeln für Mediatoren und Berater der Deutschen Zentrale für Wirtschaftsmediation (DZWM)“, die Satzung der Deutsch Italienischen IHK, die Berufsregeln des Mediation Center Zürich MCZ. Vorzuschlagen ist eine vertragliche Regelung, die etwa folgenden Inhalt haben könnte: „Der Mediator bewahrt Unterlagen und Akten, die ihm im Zusammenhang mit einem Vermittlungsverfahren übergeben wurden, während zehn Jahren auf, soweit diese den Parteien nicht zurückgegeben wurden. Danach kann er die Unterlagen vernichten“

Einsichtsrecht

[862] Die Patienten haben ein Einsichtsrecht in ihre Krankenunterlagen und das Recht gegen Kostenerstattung, Fotokopien zu verlangen (§ 10 II MOB-Ä). Die Dokumentationen sind 10 Jahre aufzubewahren (10 III MOB-Ä). Für elektronische Datenspeicherung gelten besondere Schutz- und Sicherungsvorschriften nach Empfehlung der Ärztekammer (§10 V MOB-Ä). Anders als bei Ärzten und Rechtsanwälten ist Mediator neutral. Bei einer Mediation bedeutet die einseitige Einsichtsgewährung gegebenenfalls einen Bruch der Verschwiegenheitspflicht

✎ Ungenehmigte Akteneinsicht

[863] Dem Mediator ist anzuraten, in einem solchen Fall eine Regelung herbeizuführen, welche die Akteneinsicht festlegt.

□ Regelung der Akteneinsicht

Herausgabe

[864] Nach § 50 III BRAO kann ein Rechtsanwalt seinem Auftraggeber die Herausgabe der Handakten verweigern, bis er wegen seiner Gebühren und Auslagen befriedigt ist. Die Vergütungsansprüche müssen aus dem Mandat stammen, dessen Bearbeitung durch die zurückgehaltene Handakte dokumentiert wird. Für Vergütungsansprüche aus anderen Mandaten darf das anwaltliche Zurückbehaltungsrecht nicht ausgeübt werden. Zu beachten ist aber, dass dem Mandanten spätestens im Zeitpunkt der Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts eine Rechnung erstellt werden muss. Aus der Herausgabepflicht

folgt nicht die Verpflichtung zur Übersendung der Handakte mit den Unterlagen auf eigenes Risiko und eigene Kosten (vgl. § 269 BGB). Anders ist die Rechtslage beim Mediator. Wie zuvor ausgeführt [862], verbietet die Neutralität gegebenenfalls nicht nur die Akteneinsicht, sondern erst recht die Aktenherausgabe. Der Mediator kommt seiner Herausgabeverpflichtung demzufolge bereits dann nach, wenn er seine Handakte und die Unterlagen dem Mandanten in seiner Kanzlei auf Verlangen aushändigt.

§ 3 Pflichten und Beschränkungen

Die korrekte und vollständige Überschrift, die der Gesetzgeber diesem Paragraphen vorangestellt hat lautet: § 3 Offenbarungspflichten; Tätigkeitsbeschränkungen.

(§ 3 MediationsG Abs. 1)

Der Mediator hat den Parteien alle Umstände offenzulegen, die seine Unabhängigkeit und Neutralität beeinträchtigen können. Er darf bei Vorliegen solcher Umstände nur als Mediator tätig werden, wenn die Parteien dem ausdrücklich zustimmen.

[865] § 1 Abs. 2 definiert den Mediator als eine neutrale, unabhängige und nicht entscheidungsbefugte Person. Erfüllt der selbsternannte Mediator diese persönlichen Anforderungen nicht, ist er, konsequent weitergedacht, kein Mediator i.S.d. Gesetzes. Das Gesetz, wörtlich genommen, würde auch nicht von einer Mediation ausgehen [510][747]. Das MediationsG wäre nicht anwendbar [747]. § 3 Abs. 1 S. 2 käme nicht zum Tragen. Die An-

wendbarkeit wird anders beurteilt [746]. Darüber hinaus ist von der Disponibilität [751] einiger Tatbestandsmerkmale auszugehen, sodass der Mediator in jedem Fall gut beraten ist, der Aufforderung in § 3 Abs. 1 nachzukommen. Die Rechtslage lässt sich direkt aus dem Gesetzeswortlaut herleiten, wenn der Mediator zwar unabhängig und neutral ist, aber lediglich ein Eindruck entstehen könnte, der Zweifel an seiner Neutralität und Unabhängigkeit aufkommen lässt. Das ist der Fall des § 3 Abs. 1. Die Vorschrift berücksichtigt die verschiedenen Sichten, welche die Neutralität und die Unabhängigkeit bewerten können. Sie verdeutlicht, dass es nicht nur darauf ankommt, wie der Mediator sich und die Situation einschätzt, sondern auch darauf, wie er von den Medianen wahrgenommen wird.

✎ Hinweispflicht des § 3 Abs. 1 übersehen

Die Befangenheit

[866] § 3 Abs. 1 betrifft *Zweifel* an der Unabhängigkeit und Neutralität des Mediators⁶⁷⁸. Fehlen die Unabhängigkeit oder die Neutralität, ist die Mediation *nicht* durchzuführen, wenigstens nicht ohne die ausdrückliche Zustimmung der Medianen [747]. **Weder die Unabhängigkeit noch die Neutralität stehen zur alleinigen Disposition des Mediators.** Würde er darüber disponieren können, würde sich die Mediation in ein anderes Verfahren auflösen [57]ff. § 3 verlangt deshalb eine Abstimmung mit den Medianen, die sich darauf einlässt, dass sowohl die Unabhängigkeit wie die Neutralität aus den Sichten

⁶⁷⁸ Begründung Seite 24

des Mediators und der Medianden durchaus unterschiedlich ausfallen kann. Anders als die in § 41 ZPO für den Richter aufgeführten Gründe, gibt es für den Mediator (abgesehen vom Tätigkeitsverbot des § 3 Abs. 2 und 3) *keine* generellen Ausschlussgründe, selbst dann nicht, wenn einer der Medianden der eigene Ehepartner ist. Eines Schutzes, wie etwa § 42 ZPO, der den Parteien das Recht einräumt, einen Richter wegen der Besorgnis der Befangenheit abzulehnen, braucht die Mediation nicht. Die Medianden sind durch das Kündigungsrecht (Freiwilligkeit!) ausreichend geschützt. Weil der Mediator den Fall nicht entscheidet und im Idealfall nicht einmal eine Meinung dazu äußert, fällt es den Medianden nicht leicht, Anhaltspunkte einer Befangenheit auszumachen. Hier nimmt das Gesetz den Mediator in die Pflicht. Die Mediatoren *müssen* solche Umstände den Parteien offenlegen und dürfen bei Besorgnis der Befangenheit nur dann tätig werden, wenn die Parteien ausdrücklich zustimmen⁶⁷⁹. Die Begründung benennt Umstände, welche die Unabhängigkeit und Neutralität des Mediators beeinträchtigen können. Es sind insbesondere persönliche oder geschäftliche Verbindungen zu einer Partei oder ein finanzielles oder sonstiges eigenes Interesse am Ergebnis der Mediation⁶⁸⁰.

[867] § 3 Abs. 1 sichert sowohl das Vertrauen in die Neutralität wie in die Unabhängigkeit des Mediators⁶⁸¹. Für einen Mediator ist die Verpflichtung aus § 3 Abs. 1 eine Selbstverständlichkeit. Wenn *er* nicht transparent und

⁶⁷⁹ Begründung S. 24

⁶⁸⁰ Begründung S. 24

⁶⁸¹ Begründung S. 24

offen ist, wie kann er Offenheit von den Parteien erwarten? Die Regel beugt bösen Überraschungen vor. Die Erfahrung zeigt, dass schon der einseitige E-Mail Kontakt zu Irritationen führt, wenn er verborgen erfolgt. Es ist also tatsächlich ratsam, alle Kontakte und Beziehungen offen zu legen, um Misstrauen zu vermeiden.

[868] Die Begründung zum Gesetzesentwurf überlässt es dem Mediator selbst zu bestimmen, auf welche Weise er der aus § 3 Abs. 1 folgenden Offenbarungspflicht nachkommt. Ohne die Zustimmung der Parteien ergibt sich für den Mediator ein Tätigkeitsverbot, wenn objektive Anhaltspunkte vorliegen, die eine Besorgnis der Befangenheit rechtfertigen. Eine Zustimmung umfasst nach § 182 BGB allerdings sowohl die vorherige Einwilligung) wie die nachträgliche Genehmigung. Demzufolge genügt es, wenn die Erlaubnis zur Durchführung der Mediation nachträglich noch erteilt wird. Die (schwebende) Unwirksamkeit kann also geheilt werden.

(§ 3 MediationsG Abs. 2)

Als Mediator darf nicht tätig werden, wer vor der Mediation in derselben Sache für eine Partei tätig gewesen ist. Der Mediator darf auch nicht während oder nach der Mediation für eine Partei in derselben Sache tätig werden.

[869] Der Zweck dieser Vorschrift ergibt sich aus dem Anwaltsrecht. So wie ein Rechtsanwalt jegliche unabhängige Sachwalterstellung im Dienste des Rechtsuchenden

verliert⁶⁸², wenn er sich zum Diener gegenläufiger Interessen macht, verliert der Mediator seine Reputation bei den Medianden, wenn er nicht als neutral gesehen wird. § 3 Abs. 2 verfolgt zwei unterschiedliche und zu differenzierende Richtungen: die als Vorbefassung bezeichnete verbotene Vortätigkeit (§ 3 Abs. 2 S. 1) und die als Nachbefassung bezeichnete verbotene Neben- oder Nachtätigkeit (§ 3 Abs. 2 S. 2).

Die Vorbefassung

[870] Das Gesetz unterstellt, dass einem Mediator, der vor der Mediation in *derselben Sache* [880] für einen Medianden tätig war, eine neutrale Durchführung der Mediation nicht mehr möglich sei. Es ist die Steigerung des § 3 Abs. 1, der lediglich Anhaltspunkte für Zweifel an der Neutralität anspricht. § 3 Abs. 2 soll nicht einmal Zweifel aufkommen lassen. Der Gesetzgeber geht davon aus, dass ein Mediator selbst dann nicht mehr als neutral wahrgenommen werden kann, wenn die Vorbefassung darauf beschränkt war, im Auftrag der Partei Möglichkeiten einer gütlichen Einigung auszuloten. „Auch eine solche Tätigkeit“, so wird ausgeführt, „setzt regelmäßig voraus, dass eine einseitige Information durch eine der Parteien stattgefunden hat; sie führt dazu, dass die Mediatorin oder der Mediator von der anderen Partei nicht mehr als ‚unbeschriebenes Blatt‘ wahrgenommen wird“⁶⁸³. Warum und inwieweit einseitige Informationen durch eine der Parteien ein Verfahrenshindernis darstellen können,

⁶⁸² vgl. BVerfGE 108, 150, 160 f.

⁶⁸³ Begründung S. 25

bedarf der Erörterung. Einseitige Informationen kommen jedenfalls auch in einem Einzelgespräch [800] vor, das in der Mediation durchaus zulässig ist. Mithin ist die zu verhindernde, möglicherweise schädigende Information nicht auf sich bezogen, sondern an die *Tätigkeit* geknüpft und zusammen mit dieser zu erörtern [873].

Die Nachbefassung

[871] Die Begründung führt aus, dass der Mediant einem Mediator die für die Lösung des Konfliktes notwendige Offenheit nicht entgegenbringen wird, wenn er befürchten muss, dass der Mediator auch nach einem etwaigen Scheitern der Mediation die Interessen der Gegenpartei vertritt und dabei das in der Mediation erlangte Wissen zu ihrem Nachteil nutzt⁶⁸⁴. Sicherlich ist es zutreffend, dass der Mediator im Verlauf der Mediation intime Informationen erhält, die im Falle einer nachfolgenden einseitigen Interessenvertretung einen Wissensvorsprung ergeben könnten. Ob und inwieweit dieser Wissensvorsprung überhaupt eine streitentscheidende Bedeutung haben kann, mag dahingestellt sein. Die Vorschrift will dem Medianten offenbar die Sicherheit vermitteln, dass nicht einmal die theoretische Möglichkeit besteht, dass Informationen für eine Nachbefassung missbraucht werden könnten.

Das Tätigkeitsverbot

[872] Das Tätigkeitsverbot des § 3 Abs. 2 ist ein absolutes Verbot. Eine Vor- oder Nachbefassung ist deshalb entge-

⁶⁸⁴ Begründung S. 25

gen einer Zustimmung der Parteien selbst dann verboten, wenn die Medianden die Neutralität noch für gegeben halten⁶⁸⁵. Das Tätigkeitsverbot knüpft an die Tätigkeit [873] für eine Partei [877] in derselben Sache [880]. Die Tatbestandsmerkmale bedürfen der Erläuterung:

Tätigkeit

[873] Tätigkeit ist das sich Beschäftigen mit etwas⁶⁸⁶. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Tätigkeit vergütet wird oder wurde. Was der Gesetzgeber unter Tätigwerden versteht, weicht von dieser Definition ab, ohne dass der Begriff näher spezifiziert ist. Der gesetzgeberische Fokus ist auf den Fall eines anwaltlichen Mediators gerichtet⁶⁸⁷. Tätigkeit meint in diesem Kontext die *interessenwahrende* Beschäftigung *für einen* der Medianden. Nach § 18 BORA ist das Tätigwerden jede Form der *Vertretung*, wie auch jede *vermittelnde* oder *schlichtende* Tätigkeit. Der Begriff wird weit ausgelegt. Insbesondere in der neueren Literatur wird vertreten, dass ein Rechtsanwalt gegen § 43a Abs. 4 BRAO verstoßen könne, ohne für beide Parteien in seiner Funktion als Anwalt tätig geworden zu sein⁶⁸⁸. Eine derart weite Auslegung führt in der Mediation zu Problemen. Die Abgrenzung zum Anwaltsrecht wird erforderlich.

[874] Einem Rechtsanwalt ist es gemäß § 43 BRAO i.V.m. § 43 a IV BRAO, § 3 BORA berufsrechtlich verboten, *wider-*

⁶⁸⁵ Begründung S. 24 / 25

⁶⁸⁶ Duden (Tätigkeit)

⁶⁸⁷ *Henssler*, a. a. O., § 43a BRAO, Rn. 179

⁶⁸⁸ *Deckenbrock*, Tätigkeitsverbote bei nichtanwaltlicher Vorbefassung, AnwBl 1 / 2009, Seite 16.

streitende Interessen zu vertreten. Als Straftatbestand ist § 356 StGB zu beachten. Sämtliche Verbotsnormen knüpfen an die berufliche Vorbefassung des Rechtsanwalts mit einer Rechtssache an. Über § 3 I BORA fällt auch jede berufliche Vorbefassung i.S.d. §§ 45, 46 BRAO unter den Verbotstatbestand. Die Tätigkeitsverbote des § 45 BRAO sind die Konsequenz der anwaltlichen Pflicht, seine berufliche Unabhängigkeit nach allen Seiten zu wahren und seinen Beruf gewissenhaft auszuüben⁶⁸⁹. Mit dieser Regelung soll das Vertrauen in die Rechtspflege geschützt werden, dass nicht dieselben Personen auf verschiedenen Seiten für unterschiedliche Interessen tätig werden. Sie dient dazu, die Gefahr von Interessenkollisionen einzudämmen⁶⁹⁰.

[875] Die Gefahr von Interessenkollisionen ist groß, wenn der Mediator aufgrund der Tätigkeit Informationen erhalten kann, die der einen oder anderen Partei einen einseitigen Informationsvorsprung vermitteln könnten. Offenbar sind mit Interessen Lösungen gemeint. In der Mediation werden Interessen aber anders verstanden [35]. Die Gefahr von Interessenkollisionen mag demzufolge auch anders zu bewerten sein als bei einer Interessenvertretung i.S.d. Anwaltsrechts. **Der Mediator vertritt keinerlei Interessen.** Dass die Mediator Tätigkeit auf die „*rechtsförmige Betreuung aller Beteiligten*“ gerichtet sei⁶⁹¹, bedarf deshalb der Erläuterung. Zutreffend ist in

⁶⁸⁹ Dr. von *Kiedrowski*, Das anwaltliche Berufsrecht, Skript S. 24, http://www.rak-berlin.de/site/DE/int/PDF_Mitglieder/Skript_Anwaltsrecht_Kiedrowski.pdf, abgelesen am 1.9.2012

⁶⁹⁰ BT-Drucks. 12/4993 S. 29

⁶⁹¹ *Knöfel* NJW 2005, 6

jedem Fall, dass die Mediation „streng vom loyalitätsbedenklichen Zusammentreffen einer streitigen anwaltlichen Tätigkeit in einer Hand“⁶⁹² zu unterscheiden ist. Der Mediator ist, anders als der Rechtsanwalt, neutral. Sein Status ist eher mit dem eines Richters zu vergleichen. Sowohl der Richter wie der Mediator werden in Verfahren der triadischen Phase tätig, während der Rechtsanwalt als Berater in Verfahren der dyadischen Phase auftritt. In Verfahren der triadischen Phase gibt es keine Zweifel hinsichtlich der *parteilichen Loyalität* wohl aber hinsichtlich der *Neutralität*.

[876] Anders als der Wortlaut geht die Vorstellung des Gesetzgebers im MediationsG offenbar nicht so weit, *jede* Tätigkeit unter ein Verbot stellen zu wollen. Die Begründung des Gesetzesentwurfs führt aus: „Die in psychologischen Beratungsstellen häufig anzutreffende Praxis, zunächst eine Kontakt suchende Partei zu *beraten* und anschließend eine Mediation anzubieten, begegnet *keinen* Bedenken“⁶⁹³. Leider hat der Gesetzgeber diesen Gedanken nicht weiter ausgeführt. Es ist nicht klar was gemeint ist, wenn er dann auf § 3 Abs. 4 verweist, der sich wiederum auf § 3 Abs. 3 bezieht, wo es um die Tätigkeit eines Soziums (Mitarbeiters) geht. Offenbar wird in der psychologischen Beratung keine zwingende Interessenkollision vermutet. Diese Auffassung würde mit der hier vorgenommenen Sachdefinition übereinstimmen, wo die Sache gegen die Rechtsangelegenheit abgegrenzt wird [880]. Der Gesetzgeber weist darauf hin, dass die Vorschrift des

⁶⁹² *Knöfel* NJW 2005, 6

⁶⁹³ Begründung S. 25

§ 3 Abs. 2 eingefügt wurde, um das nach § 43a Absatz 4 BRAO geltende Verbot *widerstreitende Interessen* zu vertreten, auch auf andere Grundberufe auszudehnen⁶⁹⁴. Daraus ist zu folgern, dass das kollidierende *Interesse* mit der juristischen Konnotation belegt sein soll. Auch das wäre stimmig, denn es ist durchaus fraglich, ob sich Motive überhaupt widersprechen können [36]. Meist sind es Lösungen und die Positionen, die in einen Widerspruch geraten. Hier liegt die Verbindung zum Recht. Die Motive und Beweggründe, auf die es dem Mediator ankommt, sind nur der Auslöser. Juristisch betrachtet ist es für die Verbindlichkeit autonomer Willenserklärungen ausreichend, dass die *erklärten Rechtsfolgen* wirklich gewollt sind. Unter welchen materialen Bedingungen sich dieser Wille gebildet hat, interessiert nur in Ausnahmefällen⁶⁹⁵. Motivirrtümer sind unbeachtlich lernen die Juristen. Die zur Abgabe einer Willenserklärung führenden Erwartungen, Vorüberlegungen, Vorstellungen oder Hoffnungen treten juristisch gesehen in den Hintergrund⁶⁹⁶. Psychologisch gesehen und mit dem Blick der Mediation treten gerade diese Beweggründe als die zu befriedigenden Interessen [35] in den Vordergrund. Eine psychologische Beratung wird durchaus die Interessen im hier verstandenen Sinne, mithin die Streitmotive aufdecken. Die psychologische Beratung beschäftigt sich mit dem Erleben und Verhalten. Sie hat die Subjektivität und Optionalität zum Gegenstand. Mithin ergibt sie auch einen Lösungsbezug. Es gibt sogar Überschneidungen mit der Mediation

⁶⁹⁴ Begründung S. 25

⁶⁹⁵ *Singer* (Staudinger), § 119 Rdnr. 5

⁶⁹⁶ BGH NJW 2008, 2442, 2443

on. Beratung in diesem Kontext bedeutet nämlich *nicht*, ich berate dich was richtig oder falsch wäre, sondern wir beraten uns darüber, ob ein Aspekt der Person unter welcher Perspektive sich wie anfühlt und wie daraus eine nachhaltige innere Entlastung abzuleiten wäre. Insofern wäre die Überlegung des Gesetzgebers, die psychologische Beratung vom Verbot der Vorbefassung auszunehmen, zumindest konsequent; zumindest solange sichergestellt ist, dass die Erhellung der Motive und die daraus abzuleitenden Lösungen sich nicht auf Sachverhalte beziehen, aus denen Rechtsfolgen abgeleitet werden, die zu gleichen oder anderen Ergebnissen führen. Falls eine Abgrenzung der zulässigen von unzulässigen Tätigkeiten angebracht ist, mag es sinnvoll erscheinen, zwischen dem Informationsaufkommen zu unterscheiden, indem das Aufkommen von motivorientierten Informationen als nicht-kollisionsfähig klassifiziert werden, während die Erhebung von lösungsorientierten Informationen durchaus kollisionsfähig sind. Die Menge an Entscheidungen und Literatur zum Tätigkeitsverbot und der Frage der Vorbefassung im Anwaltsrecht sowie die hier angesprochenen Fragen erweisen das Problem in der Praxis. Weil sich die Frage der zulässigen Vor- oder Nachbefassung nicht nur für Beratungsstellen, sondern auch für Coaches und andere Berufe ergibt, ist der Gesetzgeber aufzufordern, eine verlässliche Klarheit über den Umfang des Tätigkeitsverbotes zu schaffen. Bis dahin ist eine weite Auslegung des Merkmals der Tätigkeit anzuraten.

✍ Verbotene Tätigkeiten spezifizieren

Für eine Partei

[877] Als weitere Verbotsvoraussetzung muss die Tätigkeit, also die Vor- oder Nachbefassung, *für* einen der Medianden ausgeübt sein. Der Formulierung und dem Normzweck folgend sind damit Auftragsverhältnisse gemeint, die mit einer Verpflichtung zur Interessenwahrung einhergehen. Anders als die anwaltliche Tätigkeit ist die Mediation *keine* interessenwahrende, sondern eine interessenerhellende Tätigkeit. Der Mediator hat sich weder *für* die Interessen eines noch aller Medianden einzusetzen. Er hat lediglich dafür zu sorgen, dass die Interessen Berücksichtigung finden. Daraus ergibt sich ein anderer Grad der Involviertheit. Diesem Standpunkt folgend, zählen vorausgegangene Mediationen nicht zu den Tätigkeiten, die unter das Verbot des § 3 Abs. 2 fallen. Der Mediator wäre also berechtigt, eine Mediation durchzuführen, auch wenn zuvor eine Mediation bereits stattgefunden hat. In jedem Fall erforderlich ist der Hinweis nach § 3 Abs. 1, wo die Frage der möglichen Befangenheit zu erörtern ist.

[878] Stellt man darauf ab, dass die Tätigkeit numerisch für *eine* Partei zu erfolgen hat, wird die Rechtslage eindeutig, wenn der Mediator zuvor für *beide* Medianden tätig war. Die Vorbefassung als Notar im Rahmen einer Beurkundung unterliegt deshalb ebenfalls nicht dem Tätigkeitsverbot⁶⁹⁷.

[879] War der Mediator vor oder nach der Mediation etwa in einem Schiedsgerichtsverfahren tätig, oder wurde so-

⁶⁹⁷ So auch Greger in Greger/Unberath § 3 Rdnr. 50

gar eine sogenannte Med-Arb (Mediation-Arbitration) vereinbart, dann ist er mit einem Richter zu vergleichen, der über einen Fall zu entscheiden hat, bei dem er zuvor als Mediator beteiligt war. § 41 Ziff. 8 ZPO schließt die Beteiligung eines Richters wortwörtlich nur aus, wenn er *zuvor* „an einem Mediationsverfahren oder einem anderen Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung mitgewirkt hat“. Danach wäre eine Arb-Med Kombination (Arbitration-Mediation) möglich, die Med-Arb Kombination jedoch nicht, wenn es sich um dieselbe Sache [880] handelt. Allerdings bezieht sich § 41 ZPO auf die Tätigkeit eines *gesetzlichen* Richters. Die Konstellation ist nicht unbedenklich. Auch wenn der Schiedsrichter und der Mediator als neutrale Dritte am Verfahren beteiligt sind, legt allein der Umstand, dass zuvor ein Entscheidungsverfahren stattgefunden hat den Verdacht nahe, der Mediator könne seine vorausgegangene Entscheidung verteidigen wollen. Umgekehrt mag unterstellt werden, der Schiedsrichter könne Informationen aus der Mediation in die Entscheidungsfindung einbeziehen. Soweit das Tätigkeitsverbot des § 3 Abs. 2 nicht anwendbar ist, bleibt es bei der Verpflichtung des Mediators nach § 3 Abs. 1. Der Schiedsrichter muss nach § 1036 ZPO alle Umstände offen legen, die Zweifel an seiner Unparteilichkeit oder Unabhängigkeit wecken können.

Dieselbe Sache

[880] Die Sache ist gleichzusetzen mit der Angelegenheit. Von „derselben Sache“ ist auszugehen, wenn der Mediation und der parteilichen Beratung der gleiche Lebenssachverhalt zugrunde liegt. Das gilt auch dann, wenn die

Beteiligten gewechselt haben⁶⁹⁸. Das bedeutet, dass ein Rechtsanwalt beispielsweise nicht ohne weiteres zur gemeinschaftlichen Vertretung eines volljährigen Kindes im Rahmen eines Unterhaltsmandats und eines Elternteils im Rahmen eines Zugewinnausgleichmandats berechtigt wäre⁶⁹⁹. Diese Überlegungen fließen in das MediationsG ein. Wieder hatte der Gesetzgeber den Anwaltsmediator im Sinn, als § 3 konzipiert wurde. Die Begründung führt aus⁷⁰⁰: „Überschneidet sich zum Beispiel der *Sachverhalt*, mit dem die anwaltliche Vertretung befasst war, oder ist er auch nur teilweise mit dem *Konfliktstoff*, der *Gegenstand der Verhandlungen* in der Mediation sein soll identisch, scheidet die Übernahme einer Mediatorentätigkeit in *dieser Sache* aus“⁷⁰¹. Die Abgrenzung der Sachen ist bereits für die anwaltliche Tätigkeit schwierig. Mit dem MediationsG wird sie nicht einfacher. Umso wichtiger ist es zu verstehen, was der Gesetzgeber mit dem Tatbestandsmerkmal *Sache* gemeint haben kann.

[881] In der Begründung zum Gesetzesentwurf wird ausgeführt, dass das „für die Anwaltschaft nach § 43a Abs. 4 der Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO) geltende Verbot, widerstreitende Interessen zu vertreten, ... auf andere Grundberufe ausgedehnt“ werden soll⁷⁰². Offenbar geht der Gesetzgeber davon aus, dass die Rechtssache und die Sache i.S.d. § 3 identisch sind und dass der er-

⁶⁹⁸ BGH NJW 1953, 430

⁶⁹⁹ AGH Hamm, Urteil vom 06. Mai 2011 – 2 AGH 47/10 –, juris

⁷⁰⁰ Begründung S. 24/25

⁷⁰¹ Henssler Bundesrechtsanwaltsordnung) § 43a BRAO, Rn. 199 f.

⁷⁰² Begründung S. 25

wähnte Konfliktstoff⁷⁰³ eine rechtliche Auseinandersetzung betrifft. Wenn dem so ist, dann wird übersehen, dass es durchaus Mediationen gibt, die *keinerlei* rechtlichen Bezug aufweisen. Das sind beispielsweise Mediationen über Fragen des Miteinanders in Betrieben oder über die Fortsetzung einer Beziehung. Die Mediation ist ein Verfahren zur Auflösung von Widersprüchen. Nicht jeder Widerspruch ist indes ein Rechtsproblem. Der nicht spezifizierte Sachbegriff des § 3 würde auch rechtsfreie Mediationen in das Tätigkeitsverbot einbeziehen, ergäbe die Gesetzesauslegung keine anderen Schlussfolgerungen. Bereits vor dem Erlass des MediationsG hatte sich die Rechtsprechung mit dem Verbot einer anwaltlichen Parteivertretung auseinanderzusetzen, der eine Mediation vorausgegangen war. Das OLG Karlsruhe führte aus: „Ist auch eine anwaltliche Tätigkeit als Mediator im Einverständnis beider Parteien mit dem Ziel der Vermittlung zulässig, so ist doch *jede* spätere *Tätigkeit* des Rechtsanwalts in (den selben) *Rechtssachen*, die Gegenstand der Mediation waren, gem. BRAO § 43a Abs. 4 ausgeschlossen“⁷⁰⁴. Die Kollision wird auf Rechtsangelegenheiten beschränkt. Noch deutlicher wäre es zu sagen, „soweit sie Gegenstand der Mediation waren“. Diese Formulierung verdeutlicht, dass die Mediation einen umfassenderen Gegenstand haben kann, so dass sie die Rechtssache erfasst aber nicht zwingend mit ihr gleichzusetzen ist. Die begriffliche Unterscheidung zwischen Rechtssache und Sache ist anzuraten, weil sie eine Diffe-

⁷⁰³ Begründung S. 24/25

⁷⁰⁴ OLG Karlsruhe, Urteil vom 26. April 2001 – 2 U 1/00 –

renzierung zwischen Mediationen mit und ohne Rechtsbezug erlaubt.

☞ „Sache“ in § 3 auf Rechtssachen beschränken

[882] Noch eindeutiger wäre die Unterscheidung, wenn § 3 Abs. 2 und 3 statt von derselben Sache, auf das Verbot widerstreitender *Rechtsinteressen* abstellen würde. Der Begriff *derselben Sache* geht auf § 356 StGB zurück. Allerdings ist auch dort nur von derselben *Rechtssache* die Rede. Die strafrechtliche Vorschrift betrifft nur die Rechtsanwälte. Sie stellt den Parteiverrat unter Strafe. Die Strafvorschrift betrifft keine Mediatoren. Dennoch ist sie ein Maßstab. § 356 StGB setzt voraus, dass zwischen dem Gegenstand der früheren Tätigkeit und dem zu vermittelnden Konflikt zumindest Teilidentität besteht. Maßgebend sind die überantworteten materiellen *Rechtsverhältnisse*⁷⁰⁵. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist der Begriff "dieselbe Rechtssache" wie in § 356 StGB zu verstehen und umfasst alle Rechtsangelegenheiten, in denen mehrere, zumindest möglicherweise, ein entgegengesetztes *rechtliches* Interesse verfolgende Beteiligte vorkommen können⁷⁰⁶. Ohne dass dies dem Wortlaut zu entnehmen ist, legt es § 3 nahe, die Mediation wie eine *Rechtssache* zu behandeln, obwohl die Mehrdimensionalität der Mediation eine differenziertere Abgrenzung nahelegt. Wieder stoßen wir auf das Phänomen, dass der Begriff des Inte-

⁷⁰⁵ ZPO Anhang zu § 278a. Mediationsgesetz, *Ulrici*, Münchener Kommentar zur ZPO, 4. Auflage 2013, Rn 15

⁷⁰⁶ BGH, Urteil vom 21. Oktober 2010, IX ZR 48/10 (Anwaltsgerichtshof Schleswig, Urteil vom 19. August 2013 – 1 AGH 3/13 –, juris)

resses abweichend verstanden wird [35]. Wer die Mediation mit einer Rechtssache vergleicht, stellt den Gegenstand eines prozessorientierten Verfahrens (Mediation) dem eines ergebnisorientierten Verfahrens (Beratung) gegenüber. Es sollte keine Überraschung sein, wenn die Verfahrensgegenstände voneinander abweichen. Das ist der Grund, warum die Empfehlung lautet, statt von Sachen vom Verbot widerstreitender *Rechtsinteressen* zu sprechen.

[883] Im juristischen Verfahren ergibt sich der Streitgegenstand aus einem die Rechtsfolgen bestimmenden Lebenssachverhalt. Seine Parameter sind die dem Sachverhalt zugrunde liegenden Fakten und eine darauf bezogene Anspruchsnorm. Die Rechtssache geht darüber hinaus Sie ergibt sich aus dem *sachlich-rechtlichen* Inhalt der anvertrauten Interessen sowie aus dem anvertrauten materiellen Rechtsverhältnis, das bei natürlicher Betrachtungsweise auf *ein inhaltlich zusammengehörendes einheitliches Lebensverhältnis* zurückzuführen ist⁷⁰⁷. Maßgeblich ist der *Sachverhalt*, auch wenn dasselbe materielle Interesse Gegenstand verschiedener Ansprüche oder Verfahren ist⁷⁰⁸. Eine Interessenkollision liegt vor, wenn der sich für einen Mandanten günstig auswirkende *Sachvortrag* für den anderen ungünstige Folgen haben

⁷⁰⁷ vgl. *Kleine-Cosack*, BRAO, 3. Aufl., § 43a Rdnr. 34, BGH, Urteil vom 16. November 1962 - 4 StR 344/62, BGHSt 18, 192, 193; BayObLG, NJW 1989, 2903

⁷⁰⁸ BGH, Urteil vom 7. Oktober 1986 - 1 StR 519/86, BGHSt 34, 191; BayObLG, NJW 1989, 2903; Fischer, StGB, 59. Aufl., § 356 Rn. 5; Hartung, AnwBl 2011, 679, 680

kann⁷⁰⁹. Der Fokus wird auf mögliche Ergebnisse und Lösungen gerichtet.

[884] In der Mediation ist eine Differenzierung angebracht. Der Gegenstand ergibt sich aus einer Fragestellung. Anders als bei dem juristischen Verfahren dient die durch den Sachverhalt repräsentierte Faktenlage oft nur zur *Problembeschreibung*. Der Blick der Mediation ist in die Zukunft gerichtet, für die der Sachverhalt *zu gestalten* ist. Um diese Gestaltung zu ermöglichen, wird der Mediationsgegenstand [29] aus der Themensammlung in Phase zwei gebildet. Ein versierter Mediator wird darauf achten, dass die gesammelten Themen den Konflikt in seiner gesamten Bandbreite und Tiefe abbilden, um so die vom Streit gegebenenfalls abweichende Konfliktarbeit in Phase drei [21] zu ermöglichen.

[885] Mitunter liegen die konfliktbegründenden Umstände außerhalb des Lebenssachverhaltes, der den Streit definiert. Auch diese zu beachten ist eine der Stärken der Mediation. Zu denken ist an einen Konflikt, der von Konfliktbetroffenen [204] gespeist wird, die durchaus auch außerhalb des juristisch zu erfassenden Streites liegen können. Das ist z.B. der Fall, wenn ein Arbeitsverhältnis gekündigt wird, weil sich zwei Mitarbeiter nicht vertragen und den Betrieb stören. In einem Prozess wäre die Kündigung der Streitgegenstand. Der treibende Konflikt liegt jedoch nicht zwischen dem Arbeitgeber und dem gekündigten Arbeitnehmer, sondern zwischen den Mitarbeitern. Der Mediator würde den treibenden Konflikt

⁷⁰⁹ OLG München 5. Strafsenat, 5St RR (II) 246/10, Urteil vom 21.09.2010

im Auge haben, der mit dem zu verhandelnden Streitgegenstand in einer nur mittelbaren Beziehung steht. Zu denken ist auch an einen Beziehungskonflikt, der aus einem inneren Konflikt eines der Beteiligten gespeist wird und mehrere Streitgegenstände auslöst. Die Trennung eines Ehepaares beispielsweise könnte durch einen solchen Konflikt ausgelöst sein. Juristisch wäre er unbeachtlich. In der Mediation ist es zumindest möglich, diesen Konflikt zu thematisieren. Bei einer gerichtlichen Geltendmachung ergäbe der Beziehungskonflikt mehrere Ehe- und gegebenenfalls Kindschaftssachen. In einer Mediation würden sich die unterschiedlichen Streitgegenstände auf ein und denselben Konflikt zurückführen lassen und wären sinnvollerweise als eine Mediation zu behandeln.

[886] Stellt man auf die Phasen und darauf ab, dass die eigentlichen Verhandlungen in der Mediation erst *nach* der Interessenerhellung [21], also in Phase 4 beginnen, dann mag eine **Unterscheidung zwischen dem Mediations- und dem Verhandlungsgegenstand** angebracht sein. Der Verhandlungsgegenstand ist gegenüber dem Mediationsgegenstand eingeschränkt, indem er den Streit (also die Sachauseinandersetzung), nicht den Konflikt (also die Konfliktbewältigung) bezeichnet. Der Verhandlungsgegenstand ist eher mit dem Streitgegenstand der juristischen Verfahren zu vergleichen und deshalb näher an der „Sache“ i.S.d. § 3 Abs. 2 und 3. Er wird aus den in Phase vier erarbeiteten Lösungsoptionen gespeist und ist lösungsorientiert. Insgesamt sind die einen Mediationsfall definierenden Parameter die Problemstellung, der Kon-

flikt *und* das Bedürfnis, aus dem sich das Streitmotiv herleiten lässt [35].

[887] Zu Recht will der Gesetzgeber eine Interessenkollision vermeiden. Dabei unterstellt er, dass der Streit eine Kollision der Interessen auslöst. Geht man jedoch davon aus, dass der Interessenbegriff in der Mediation ein anderer ist und dass Motive und Bedürfnisse nicht kollidieren können [875], sondern nur die daraus folgenden Lösungen, ist eine Interessenkollision schon dann ausgeschlossen, wenn es sich um eine nicht rechtsbasierte Mediation handelt oder wenn der Sachverhalt keiner Erörterung bedarf. Für den Rechtsanwalt gilt weiterhin § 43a BRAO. Für den Mediator, auch den Anwaltsmediator, gilt § 3.

[888] Die Annahme, dass die „Sache“ i.S.d. § 3 sich auf die Rechtssache zu beschränken hat, folgt nicht nur der systematischen, am Wesen der Mediation auszurichtenden Interpretation des Gesetzes. Sie wird auch aus verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten nahe gelegt. Die Vorschrift des § 3 ist nämlich eine weitgehende und nicht unbedenkliche Einschränkung der Privatautonomie⁷¹⁰. Der Schutzbereich des Art. 12 GG erwartet eine enge Auslegung⁷¹¹, die mit dem Verfassungsrecht im Einklang steht, soweit *Rechtsverhältnisse* angesprochen werden, die bei natürlicher Betrachtungsweise auf ein innerlich

⁷¹⁰ Siehe auch *Wagner*, ZKM 2010, 172,174

⁷¹¹ So auch *Greger* in *Greger/Unberath* § 3 Rdnr. 45

zusammengehöriges, einheitliches Lebensverhältnis zurückzuführen sind"⁷¹².

✍ Tätigkeitsverbote zur Disposition der Parteien stellen

Abgrenzung

[889] Die Abgrenzung erlaubter und nicht erlaubter Tätigkeiten ist relativ gut erkennbar, wenn es sich um einen Anwaltsmediator handelt, der vor oder nach der Mediation einen der Medianden vertreten hat oder vertritt. Schwieriger wird die Abgrenzung bei Therapeuten oder Nur-Mediatoren werden. Der Gesetzgeber hat den Begriff der Tätigkeit nicht auf Anwaltsmediatoren beschränkt. Deshalb kann es in diesen Fällen zu Überschneidungen kommen, obwohl ein Tätigwerden des Mediators durchaus sinnvoll ist und seine Neutralität nicht in Frage stellt. Eine formale Abgrenzung führt dann in Einzelfällen am Ziel vorbei.

[890] Ist der Ursprungsberuf des Mediators nicht der des Anwalts, der i. d. R. Einzelmandate zu vertreten hat, sondern verbindet ihn mit seinem Klientel ein Dauerverhältnis wie z. B. bei Ärzten, Steuerberatern, erhält die Auslegung von „in dieser Angelegenheit“ eine tiefere Bedeutung. So stellt sich die Frage, ob der Hausarzt eines Ehepaares, für sie als Mediator in einem Ehekonzflikt tätig werden darf, selbst wenn beide Eheleute dies wünschten. Soweit seine bisherige Tätigkeit auf die medizinische Betreuung gerichtet war, und Gespräche über den Ehekonzflikt nicht den Umfang einer selbständigen Beratung an-

⁷¹² ZPO Anhang zu § 278a. Mediationsgesetz, *Ulrici*, Münchener Kommentar zur ZPO, Rdnr. 15

genommen haben, dürfte in einem solchen Fall kein Verbot des § 3 Abs. 2 MediationsG vorliegen. Es handelt sich jedenfalls nicht um "dieselbe Sache" [880][888], wenn bei der medizinischen Betreuung die Rechtsverhältnisse nicht Thema der Beratung waren. Der Mediator muss allerdings den Hinweis nach § 3 Abs. 1 geben.

✎ Kein Hinweis auf Vortätigkeit

[891] Aufgrund seiner Dauermandate wird ein Steuerberater wegen fehlender Unabhängigkeit und Neutralität in möglichen Mediationsfällen seiner Mandantschaft diese i. d. R. nur beratend unterstützen und selber nicht als Mediator tätig werden können. Wie eng § 3 Abs. 2 MediationsG auszulegen ist, wird die Zukunft zeigen. Das dort beschriebene Tätigkeitsverbot bezieht sich auf eine Tätigkeit „in der selben Sache“ für eine Partei. Scheidet damit ein Steuerberater, der beide Eheleute in deren beruflicher Sphäre betreut und deren Einkommensteuererklärung erstellt hat, qua Gesetz als Mediator für eine Scheidungsmediation dieser Mandanten aus, auch wenn beide ihn für neutral halten? Oder wie ist es mit einem Konflikt unter Gesellschaftern eines Unternehmens, die „ihren“ Unternehmenssteuerberater als „Mann ihres Vertrauens“ um eine Mediation in einem privaten Konflikt bitten? In diesen Fällen wird eine Nämlichkeit mit einer vorherigen Befassung „in gleicher Sache“ zu verneinen sein. In solchen Zweifelsfällen sollte nach Sinn und Zweck der Mediation die Neutralität geprüft werden. Wird diese zweifelsfrei von den Medianden bejaht, so wäre in dubio pro reo für den Einsatz des Steuerberaters als Mediator zu entscheiden.

[892] Ein Abgrenzungsfall ergibt sich beispielsweise bei sehr erfolgreichen Paarmediationen, wo die Trennungsmediation zu einer Wiedervereinigung der Medianden geführt hat. Hier ist zu beobachten, dass die wiedervereinigten Paare nach einer Zeit doch wieder in der Trennung enden. Der Grund ist ein Rückfall in alte Verhaltensmuster, die zuvor bereits den Trennungsanlass ergaben. Es kommt vor, dass Paare, die in der Mediation überraschenderweise ihre Liebe wiederentdecken. In der Euphorie übersehen sie, dass eine Beziehungsarbeit erforderlich ist, um das neu gewonnene Glück zu bewahren. Der Mediator kennt die Interessen und die Umstände, die zur Trennung geführt haben. Er wird den Parteien zu einem Coaching oder einer Therapie raten. Hier wäre es sinnvoll, wenn der Mediator – sofern er dafür ausgebildet ist – den Parteien weitere Unterstützung anbietet, damit die Beziehung auf eine Basis gestellt werden kann, die den dauerhaften Erfolg der Vereinbarung gewährleistet. Solange die Parteien beide an dem Coaching teilnehmen, wäre es unproblematisch, wenn der Mediator das Coaching durchführt. Es wäre auch naheliegend, weil er die Umstände am besten kennt, die zur Trennung geführt haben. Wenn nur eine Partei des Coachings bedarf, wird es schwierig. Dann würde er eine Tätigkeit für eine Partei nach der Mediation ausüben. Ein amerikanischer Kollege löst das Problem, indem er die Parteien in der Abschlussvereinbarung verpflichtet die Mediation wieder aufzugreifen, wenn „das schlechte Gefühl“ sich wieder bemerkbar macht. Hier kann er sich auch die Genehmigung für Einzelgespräche geben lassen.

[893] Ein anderes Beispiel ist die Anwendung der EFT Emotional Freedom Techniques [530]. Dabei handelt es sich um eine effektive Möglichkeit, mittels Klopfen auf bestimmte Akupunkturpunkte Stress, Ängste, Wut und andere negative Gefühle aufzulösen. Begründer dieser Technik ist der Amerikaner Gary *Craig*. Er konzipierte EFT als „Werkzeug für die persönliche Weiterentwicklung“⁷¹³. EFT kommt aus der Energetischen Psychologie, die davon ausgeht, dass sich Wohlbefinden, Erfolg und Lebensfreude durch eine Beeinflussung der Energien, von denen sie reguliert werden, effektiv steigern lassen.⁷¹⁴ Heute gilt es als effektive Möglichkeit, sich von seelischem Ballast zu befreien. Es ist einfach zu erlernen, überall anwendbar, schnell wirksam, als professionelle Coaching- und Therapiemethode ebenso wie als Selbsthilfemittel einsetzbar⁷¹⁵. Ursprünglich als Hilfe zur Selbsthilfe entwickelt, wird EFT heute auch von Psychotherapeuten angewendet. Laut ausdrücklichem Wunsch des Begründers Gary Craig steht es jedoch allen offen. Es darf in Deutschland unabhängig vom Psychotherapeutengesetz (PsychTHG) im Rahmen eines Coachings angeboten werden und bewegt sich deshalb irgendwo zwischen Selbsthilfe, Coaching, psychologischer Beratung und Psychotherapie. Bei hoch eskalierten Konflikten wäre diese Technik auch in der Mediation hilfreich. Wenn der Mediator sie beherrscht, kann er sie gut in die Mediation einbeziehen. Sobald er sie aber in einer Einzelsitzung oder vor Beginn der Mediation anwendet, würde er

⁷¹³ Craig (EFT Handbuch)

⁷¹⁴ Feinstein (EFT), S. 15

⁷¹⁵ Rother (EFT), S. 5

für den Medianden eine Tätigkeit ausüben. Der Mediator ist nicht gehindert, dies zu tun. Die Anwendung von EFT basiert nicht auf demselben Lebenssachverhalt, ist also nicht dieselbe Sache. Er kann sie als Intervention oder als eine die Konfliktbeilegung unterstützende Technik in der Mediation bereitstellen, wenn er sie beiden Medianden anbietet oder sich die Einzelbehandlung genehmigen lässt.

[894] Ein weiteres Abgrenzungsproblem tritt auf, wenn eine Mediation durchgeführt wird, bei der ein Stakeholder erst nachträglich zur Mediation bereit ist und erst später in die Mediation eingebunden wird. Im Verhältnis zu ihm wäre die Tatsache, dass der Mediator zuvor für die anderen Stakeholder tätig war, ein Ausschlussgrund. Es handelt sich dann um dieselbe Sache. Der Mediator war für mindestens eine der Parteien tätig. Formal wäre der Ausschlussgrund des § 2 Abs. 3 somit erfüllt. Hier ist jedoch davon auszugehen, dass der zuvor nicht beteiligte Mediand ein Interessenbetroffener [419], oder gar Dritter im Sinne des § 2 Abs. 4 ist. Es ist deshalb lebensnah, den Dritten nachträglich in die Mediation einzubinden und die Mediation mit nunmehr allen Beteiligten fortzusetzen.

[895] Bei der **kooperativen Praxis** [57] kommt das MediationsG nicht zur Anwendung. Hier wird davon ausgegangen, dass es dem Rechtsanwalt nicht verwehrt ist, Parteien mit unterschiedlichen Ausgangsinteressen zu beraten, wenn die Beratung als solche im übergeordneten Interesse beider mit dem Ziel einer Einigung gewährt wird. Die Beratung erfolgt verstößt deshalb, wie *Okraß*

ausführt, im Ergebnis nicht gegen das Interesse der anderen Partei⁷¹⁶.

Strafbare Handlungen

[896] Zu Tätigkeitsverboten zählen auch strafbare Handlungen. Selbstverständlich ist es dem Mediator verwehrt, an strafbaren Handlungen mitzuwirken. *Greger* weist darauf hin, dass der Mediator kritisch zu prüfen habe, ob er die Mediation fortsetzen dürfe⁷¹⁷, wenn er in der Mediation von strafbaren Handlungen erfährt. Die Frage zielt darauf ab, ob er bei der Fortführung der Mediation zum Beihelfer oder gar zum Anstifter wird. Zu bedenken ist, dass der Mediator, obwohl er für das Ergebnis keine Verantwortung übernimmt, dennoch für dessen Zustandekommen mitverantwortlich ist, wenigstens, indem er zu dessen Stimmigkeit und Schlüssigkeit beiträgt [475]. In einer Familienmediation beispielsweise erfährt der Mediator von einer Straftat, wenn Schwarzgeldeinnahmen thematisiert werden. Schwarzgeld ist steuerrechtswidrig vereinnahmtes Einkommen. Die Steuerstraftat liegt in der Vergangenheit und ist als solche nicht zur Anzeige zu bringen [948]. Darüber hinaus ist die Teilung der Schwarzgeldeinnahmen unterhaltsrechtlich geboten. Die Mitwirkung des Mediators bei Unterhaltsberechnungen ist also unproblematisch. Kritisch wird es, wenn die Medianten z.B. den Betrug zu Lasten einer Dritten, nicht am Verfahren teilnehmenden Person vereinbaren. In diesem

⁷¹⁶ Jochen *Okraß*, Der Steuerberater als Mediator, http://www.berufsrecht-steuerberater.com/media/files/pdf/65-Mediator_jo.pdf DL: 1.9.2012

⁷¹⁷ *Greger* in *Greger/Unberath* Teil II § 4 Rn 16

Fall wird eine dritte Person zum Betroffenen. Sie muss in die Vereinbarung einbezogen werden [466]. Unterlässt es der Mediator, darauf hinzuwirken, riskiert er in jedem Fall einen Verfahrensfehler.

✎ Einbeziehung potenziell gefährdeter Personen

[897] Der Mediator muss, wenn dies für ihn erkennbar ist, auf die Strafbarkeit hinweisen und sich gegebenenfalls von einer solchen Vereinbarung distanzieren.

✎ Mangelnde Distanzierung

[898] Er könnte z.B. die Beurkundung verweigern [848]. Der Mediator muss sich im Klaren sein, dass auch eine psychische Unterstützung, um ein bestimmtes Ergebnis herbeizuführen oder einen Plan zu fassen, den Tatbestand der Beihilfe oder Anstiftung erfüllt. Das Verfahren muss er nicht abbrechen, zumal bis zur letzten Sekunde die Möglichkeit besteht, dass die Parteien von dem Plan Abstand nehmen.

§ 3 MediationsG Abs. 3

Eine Person darf nicht als Mediator tätig werden, wenn eine mit ihr in derselben Berufsausübungs- oder Bürogemeinschaft verbundene andere Person vor der Mediation in derselben Sache für eine Partei tätig gewesen ist. Eine solche andere Person darf auch nicht während oder nach der Mediation für eine Partei in derselben Sache tätig werden.

[899] § 3 Abs. 3 ist dem § 3 Abs. 2 BORA nachgebildet worden. Wieder ist der Fokus auf die Anwaltschaft gerichtet. Demnach darf auch ein Sozius keine Mediation

durchführen, wenn ein in derselben Sozietät tätiger Rechtsanwalt einen der Medianden in derselben Sache vertritt oder vertreten hat⁷¹⁸. Auch besteht das Tätigkeitsverbot für den Sozius nach einer gescheiterten Mediation. Die Begründung führt aus, dass das nach § 43a Absatz 4 BRAO geltende Verbot zur Vertretung widerstreitender Interessen [35] damit auf andere Grundberufe ausgedehnt wird⁷¹⁹.

(§ 3 MediationsG Abs. 4)

Die Beschränkungen des Absatzes 3 gelten nicht, wenn sich die betroffenen Parteien im Einzelfall nach umfassender Information damit einverstanden erklärt haben und Belange der Rechtspflege dem nicht entgegenstehen.

[900] Aufgrund der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts⁷²⁰ werden in § 3 Abs. 4 Ausnahmen zugelassen, wie sie auch § 3 Abs. 2 BORA vorsieht.

[901] Rechtspflege im materiellen Sinn ist die Anwendung des Rechts auf den Einzelfall durch seine Organe. Im formellen Sinn ist sie der Sammelbegriff für sämtliche, von den Organen der Rechtspflege wahrgenommenen Aufgaben⁷²¹. Unter dem Begriff „Belange der Rechtspflege“ ist der Schutz und die Bewahrung dieser Aufgaben zu verstehen. Angesprochen wird die Anwaltschaft als Organ der Rechtspflege. Rechtsfolge bei Verstoß ist die un-

⁷¹⁸ Begründung Seite 25

⁷¹⁹ Begründung Seite 25

⁷²⁰ BVerfG, 1 BvR 238/01

⁷²¹ Wikipedia (Rechtspflege), dl 1.9.2012

verzügliche Niederlegung des Auftrages. Zivilrechtlich ist der MV gemäß § 134 BGB nichtig.

(§ 3 MediationsG Abs. 5)

Der Mediator ist verpflichtet, die Parteien auf deren Verlangen über seinen fachlichen Hintergrund, seine Ausbildung und seine Erfahrung auf dem Gebiet der Mediation zu informieren.

[902] Diese Regelung geht wohl noch auf den Regierungsentwurf zurück. Sie sollte dem Umstand Rechnung tragen, dass das Gesetz *keine* Mindestqualifikationen für Mediatoren vorgesehen hatte. Die Qualitätssicherung der Mediation sollte dem Markt überlassen bleiben. Die Qualifikation der Mediatoren soll für die Parteien transparent sein, damit sie eine „informierte Auswahlentscheidung“ treffen können⁷²². Das Einzige was in dieser Vorschrift zum Ausdruck kommt, ist ein nicht wirklich zur Mediation passendes Menschenbild.

Das Qualifikationsbekenntnis

[903] § 2 Abs. 5 verpflichtet den Mediator zur Information über seine Ausbildung, seinen fachlichen Hintergrund und über seine Erfahrung auf dem Gebiet der Mediation. Die Informationspflicht wird in der Paragrafenüberschrift als Offenbarungspflicht bezeichnet.

⁷²² Begründung S. 26

Anwendungsbereich

[904] Inhaltlich erweitert die Offenbarungspflicht des MediationsG die sich aus der Dienstleistungs-Informationspflichten-Verordnung⁷²³ (DL-InfoV) bereits ergebenden Pflichten. Neben den allgemeinen Angaben zur Identifikation zählen dazu auch die Angaben zur Haftpflichtversicherung (§ 2 Abs.1 Nr. 11 DL-InfoV), Verhaltenskodizes (Standards) gem. § 3 Abs. 1 Nr. 3 DL-InfoV. Falls eine Erweiterung dieser Verordnung gemeint sein soll, hat sich der Gesetzgeber sehr unklar ausgedrückt. Der Wortlaut des § 3 Abs. 5 gibt diese Auslegung jedenfalls nicht her. Die DL-InfoV richtet sich im § 1 an „Personen, die Dienstleistungen erbringen“. Das MediationsG wendet sich an „den Mediator“ und „die Parteien“, mithin an Personen, die bereits in das Verfahren eingebunden sind. Ein weiterer Unterschied ist der Informationsanlass. Der Mediator ist anders als der Anbieter in der DL-InfoV nicht generell, sondern nur auf „Verlangen“ zur Auskunft verpflichtet.

Das Verlangen

[905] Leider hat der Gesetzgeber nicht spezifiziert, was „auf deren *Verlangen*“ bedeutet. Der Duden konnotiert das Substantiv als ausgeprägten Wunsch und als starkes inneres Bedürfnis⁷²⁴. Der Mediand wird einen Anlass haben, falls sich dieser ausgeprägte Wunsch herausstellen sollte. Zweifellos stellt das Verlangen einen Anspruch dar, dem der Mediator nachzukommen hat. Fraglich ist, wer anspruchsberechtigt und wer Anspruchsgegner ist.

⁷²³ BGBl. I S. 267

⁷²⁴ Duden (Verlangen)

Das Gesetz spricht von Parteien und Mediatoren. Parteien i.S.d. Gesetzes sind die Medianden. Mithin können die Medianden den Auskunftsanspruch gegenüber den Mediatoren geltend machen. Das ist insofern rechtlich von Bedeutung, als die Akteure, also der Mediator und die Medianden, nicht zwingend die Vertragsparteien des Mediationsvertrages sind.

[906] Der Hinweis in der Begründung, dass „die Parteien“ in die Lage versetzt werden sollen „eine informierte Auswahlentscheidung zu treffen“⁷²⁵, kann allerdings nur die *potentiellen* Parteien und die *potentiellen* Mediatoren meinen. Sie wendet sich an die Parteien, die einen Mediationsvertrag *verhandeln*. Bei wörtlicher Auslegung geht die Vorschrift somit ins Leere, denn der Parteistatus setzt einen Vertragsabschluss voraus. Ein Mediand bekommt seine Parteirolle erst *nach* dem Abschluss des MV oder der MDV. Um den Normzweck zu erfüllen, müsste der Anspruch auf Konsumenten ausgedehnt werden und bereits vor Abschluss des MV bzw. der MDV möglich sein.

✍️ Auskunftsanspruch für Konsumenten statt Parteien

Die Offenbarungsverpflichteten

[907] Die Informationspflicht soll alle Mediatoren unabhängig von ihrem Quellberuf und unabhängig von der „Art der durchzuführenden Mediation“ betreffen. Soweit wenigstens die Ausführungen in der Begründung zum Gesetzesentwurf⁷²⁶. „Alle Mediatoren“ meint die Berufsgemeinschaft. „Der Mediator“ meint den beauftragten

⁷²⁵ Begründung S. 25

⁷²⁶ Begründung S. 25

Mediator, mithin die Partei des MV oder der MDV. Für den Begriff *des* Mediators gilt die Definition des § 1 Abs. 2. Auch hier wäre es zur begrifflichen Klarheit und zur Ermöglichung einer „informierten Auswahlentscheidung“ sinnvoll, die Auskunftspflicht auf „die Mediationsanbieter“ auszudehnen. Besonders bei der institutionalisierten Mediation [143] oder der Donatormediation [140] könnte es die Wahl des Institutes betreffen, wenn diese Information im Vorfeld verfügbar ist.

✎ **Auskunftsanspruch für Anbieter statt Mediatoren**

Der Offenbarungszweck

[908] Die Begründung führt aus: „Die Bestimmung trägt dem Umstand Rechnung, dass keine gesetzlichen Mindestqualifikationen für Mediatorinnen und Mediatoren eingeführt werden, die Qualitätssicherung also dem Markt überlassen bleibt“⁷²⁷. Der Gesetzgeber hat die Offenbarungspflicht trotz der Einführung des zertifizierten Mediators aufrechterhalten. Damit unterstreicht er die Idee der Marktkontrolle und den Umstand, dass der Titel *nicht* verliehen wird. Anderenfalls würde sich diese Vorschrift erübrigen. § 3 Abs. 5 bewirkt, dass jemand, der sich ungerechtfertigt als Mediator oder gar als zertifizierter Mediator bezeichnet, damit zu rechnen hat, dass seine Angaben überprüft werden. So gesehen erlaubt die Vorschrift tatsächlich eine Marktkontrolle und mehr. Stellt es sich heraus, dass die Angabe falsch ist, könnte eine Täuschung angenommen werden, die nach § 823 Abs. 2

⁷²⁷ Begründung S. 25

BGB i.V.m. § 263 StGB zur Haftung und gegebenenfalls zum Schadensersatz führt.

Der Offenbarungsinhalt

[909] Der anzugebende fachliche Hintergrund meint das Studium und den ausgeübten Beruf. Die Ausbildung soll die Art und die Dauer der Mediationsausbildung beschreiben. Der Gesetzgeber hat nicht spezifiziert was unter der Art der Mediationsausbildung zu verstehen ist. In Anlehnung an die vom Gesetzgeber verwendete Konnotation der Mediationsart mag damit das Fach gemeint sein, also Ausbildung zur Familienmediation usw. Ausbildungsart ist eher die Angabe ob es sich um ein Fern- oder Präsenzstudium gehandelt hat. Diese Angabe ist nach dem Hochschulrahmengesetz (HRG)⁷²⁸ irrelevant. § 13 HRG besagt: „Bei der Reform von Studium und Lehre und bei der Bereitstellung des Lehrangebots sollen die Möglichkeiten eines Fernstudiums sowie der Informations- und Kommunikationstechnik genutzt werden. Bund, Länder und Hochschulen fördern diese Entwicklung im Rahmen ihrer Zuständigkeiten. Eine in einer Prüfungsordnung vorgesehene Studienleistung wird auch durch die erfolgreiche Teilnahme an einer entsprechenden Fernstudieneinheit nachgewiesen, soweit die Einheit dem entsprechenden Lehrangebot des Präsenzstudiums inhaltlich gleichwertig ist“. Nach eigenen Erfahrungen⁷²⁹ kann das Fernstudium auch in praxisrelevanten

⁷²⁸ in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. Januar 1999; zuletzt geändert durch Artikel 2 des Gesetzes vom 12. April 2007

⁷²⁹ Der Herausgeber ist Studienleiter und Dozent in verschiedenen Fernstudiengängen und Trainer in reinen Präsenzausbildungen.

Ausbildungen wie der Mediation effizienter gestaltet werden als ein reines Präsenzstudium⁷³⁰. Die Angaben sind also erklärungsintensiv und sollten nicht zu falschen Schlussfolgerungen führen. Bereits die Untersuchung der Stiftung Warentest⁷³¹ hat eine Qualität für Ausbildungen unterstellt, die nur an formalen Kriterien ausgerichtet war und wenig aussagekräftig sind, wenn es darum geht die Ausbildungsqualität zu bewerten⁷³².

[910] Schließlich soll der Mediator über die auf dem Gebiet der Mediation gemachten praktischen Erfahrungen berichten müssen. Wenn damit die Angabe der Fallzahlen gemeint sein sollte, benachteiligt sie die Berufsanfänger. Auch von einem Geschäftsmann erwartet man nicht, dass er seine Umsatzzahlen offen legt. Aus diesem Grunde mag es genügen, wenn der Mediator seine praktischen Erfahrungen im Umgang mit Konflikten offen legt.

§ 4 Verschwiegenheitspflicht

(§ 4 MediationsG)

Der Mediator und die in die Durchführung des Mediationsverfahrens eingebundenen Personen sind zur Verschwiegenheit verpflichtet, soweit gesetzlich nichts anderes geregelt ist. Diese Pflicht bezieht sich auf alles, was ihnen in Ausübung ihrer

⁷³⁰ Siehe <http://www.in-mediation.eu/mediation-im-fernstudium>, <http://www.in-mediation.eu/mediation-kann-man-sie-lehren>, <http://www.in-mediation.eu/reflexionen-zur-ausbildung> alle abgelesen am 2.12.2013

⁷³¹ Stiftung Warentest (145 Angebote)

⁷³² Kriterien für eine gute Ausbildung in Mediation siehe hier: Wikipediation (Anforderungen), dl 8.9.2014

Tätigkeit bekannt geworden ist. Ungeachtet anderer gesetzlicher Regelungen über die Verschwiegenheitspflicht gilt sie nicht, soweit

- 1. die Offenlegung des Inhalts der im Mediationsverfahren erzielten Vereinbarung zur Umsetzung oder Vollstreckung dieser Vereinbarung erforderlich ist,**
- 2. die Offenlegung aus vorrangigen Gründen der öffentlichen Ordnung (ordre public) geboten ist, insbesondere um eine Gefährdung des Wohles eines Kindes oder eine schwerwiegende Beeinträchtigung der physischen oder psychischen Integrität einer Person abzuwenden, oder**
- 3. es sich um Tatsachen handelt, die offenkundig sind oder ihrer Bedeutung nach keiner Geheimhaltung bedürfen.**

Der Mediator hat die Parteien über den Umfang seiner Verschwiegenheitspflicht zu informieren.

[911] Die Verschwiegenheitspflicht korrespondiert mit dem Prinzip der Vertraulichkeit [668], aber auch mit dem der Offenheit und der Informiertheit. Ihr Zweck ist es, zu verhindern, dass Informationen, die (nur) in der Mediation aufgekomen sind, in anderen Verfahren verwertet werden können. Insoweit wird auf die Ausführungen zur Vertraulichkeit verwiesen [668].

Die Verschwiegenheit

[912] Mit der gesetzlichen Regelung gilt die Verschwiegenheit auch dann, wenn der Mediator es versäumt hat, sie im Mediationsvertrag auszuweisen. Auffällig ist, dass das Gesetz von der Verschwiegenheits*pflicht* spricht [947]. Die Verpflichtung gegenüber den Medianden korrespondiert mit dem *Recht* des Mediators gegenüber Behörden und Gerichten, eine Aussage zu verweigern.

Schweigepflichtige Personen

[913] Das Gesetz benennt den Mediator und die in die Durchführung des Mediationsverfahrens eingebundenen Personen als schweigepflichtig. Das sind alle Personen, die in der Ausübung ihrer Tätigkeit zur Durchführung der Mediation verpflichtet sind. Einbezogen sind damit die Erfüllungsgehilfen und Angestellten des Mediators. **Das Gesetz erfasst *nicht* die Medianden oder Dritte und andere Personen, die der Mediation beiwohnen.** Hier ist ein ergänzender Regelungsbedarf gegeben, den der Mediator mit den Medianden und sonstigen Beteiligten am besten durch einen Prozessvertrag abdeckt, welcher als Klausel im Mediationsvertrag oder in der Mediationsdurchführungsvereinbarung (MDV) enthalten sein sollte. Die Vereinbarung über die in einem Zivilprozess nicht zu verwertenden Beweismittel ist als sogenannter **Beweismittelvertrag** in unserer Rechtsprechung anerkannt. Sie gilt allerdings nur bei Verfahren, in denen es den Parteien obliegt, die Beweismittel zu benennen, also nicht in Amtsermittlungsverfahren und Strafverfahren. Wegen des so genannten Beibringungsgrundsatzes gilt es

als zulässig, dass die Parteien eines Zivilprozesses durch Vereinbarung etwa eine Beschränkung auf bestimmte Beweismittel vorsehen⁷³³. Somit können auch Zeugen als Beweismittel ausgeschlossen werden.

▢ Verschwiegenheit ausdehnen

[914] Die Zulässigkeit derartiger Beweismittelverträge ist nicht *expressis verbis* im Gesetz geregelt. Gegen ihre Verbindlichkeit wird eingewendet, dass nach § 138 ZPO eine vollständige Erklärungspflicht der Parteien über die entscheidungsrelevanten Tatsachen bestehe⁷³⁴. Diese Erklärungspflicht – so wird mitunter angenommen – und die Pflicht zur Aufklärung der objektiven Wahrheit schränke die Verbindlichkeit derartiger Prozessverträge ein. Es mag also sein, dass ein einzelner Richter den Prozessvertrag nicht beachtet. Andererseits ist es ein Fakt, dass sämtliche der international gebräuchlichen Mediationsdurchführungsvereinbarungen Klauseln enthalten, in denen sich die Parteien zur Wahrung der Vertraulichkeit der Mediation verpflichten. Zu nennen sind Art. 10 II und 11 der Schlichtungsordnung der Internationalen Handelskammer, Art. 19 S. 2, 20 der UNCITRAL - Schlichtungsordnung, Art. 10 der Mediation Procedure des LCIA sowie Art. 17 der Schlichtungsordnung der WIPO. Überzeugend ist schließlich das Argument, dass die Parteien auf Grund der §§ 138, 138 III und 288 ZPO in der Lage sind, einvernehmlich über die tatsächliche Urteilsgrundlage zu disponieren. *Wagner* führt darüber hinaus aus,

⁷³³ *Prütting*, ZPO § 286 Freie Beweiswürdigung, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, 3. Auflage 2008, Rdnr. 164

⁷³⁴ Ausführlich dazu *Wagner* (Vertraulichkeit)

dass nach § 290 ZPO die bloße Unwahrheit des Geständnisses nicht einmal zum Widerruf desselben berechtigt. Auch die sich im Prozess fortsetzenden Privatautonomie legitimiert das Parteiverhalten. § 399 ZPO erlaubt es schließlich einer Partei auf einen Zeugen, den sie vorgeschlagen hat, zu verzichten. Zu bedenken ist auch, dass die Parteien letzten Endes für die Finanzierung des Beweismittels aufzukommen haben. Mithin steht ihnen eine Disposition zur Verfügung, wie viel sie investieren wollen, um die Wahrheit zu ergründen. Dem Verdacht, dass die Parteien ihre Disposition für unlautere Zwecke gebrauchen, steht die inzwischen allseits als redlich erkannte Forderung der Vertraulichkeit [668] des Mediationsverfahrens gegenüber. Mithin ist davon auszugehen, dass die speziell zur Sicherung dieser Vertraulichkeit geschlossenen Beweismittelverträge auch im Zivilprozess zu beachten sind und den Richter binden sodass mit *Wagner*⁷³⁵ davon auszugehen ist, dass sich die Vertraulichkeit des Mediationsverfahrens auf der Grundlage eines Beweismittelvertrages rechtlich absichern lässt. In der Praxis genügt es nicht lediglich Vereinbarungen über die Verwertung von Zeugenbeweisen zu treffen. Besser ist es, auch die Verpflichtung der Teilnehmer zur Verschwiegenheit zu vereinbaren. Auch eine Vereinbarung über die Unzulässigkeit der Verwertung von Urkunden (Flipcharts) mag angebracht sein. Wenn Parteien und Medianten auseinanderfallen, ist darauf zu achten, dass die Verschwiegenheit der Medianten gegebenenfalls auch im Verhältnis zu den Parteien begründet wird, gegebenenfalls ist die Verschwiegenheitsverpflichtung auf

⁷³⁵ *Wagner* NJW 2001, 1398

die Parteien auszudehnen oder weiterzureichen. In jedem Fall ist der Prozessvertrag, der einen Verzicht auf Beweismittel (Zeugeneinvernahme) manifestieren soll, zwischen den Parteien zu schließen. Immer wenn die Parteien nicht personenidentisch mit den Medianden sind ist zu prüfen, wer wie in Verschwiegenheits- bzw. in Beweisverwertungsverträge einzubeziehen ist. Dazu ein Beispiel: Die Parteien sind juristische Personen, etwa zwei GmbHs. Medianden sind die in der Mediation auftretenden Organe, mithin die Geschäftsführer. Sowohl die Verschwiegenheitsverpflichtung wie die Beweisverwertungsverbot werden im Namen der Parteien, also der juristischen Personen abgeschlossen. In der Praxis geschieht dies oft mittels sogenannter NDAs (Non Disclosure Agreement). In der Mediation empfiehlt es sich, diese Vereinbarung in den MV oder die MDV aufzunehmen oder auf ein eventuell bereits vorliegendes NDA zu verweisen. Entsendet die Partei einen Mitarbeiter, der zwar Verhandlungsvollmacht aber keine Abschlussvollmacht besitzt, dann wäre der verhandlungsbefugte Mitarbeiter zwar als Mediand anzusprechen. Es ist zu prüfen, ob ihm gestattet wird, Informationen aus der Mediation an den Auftraggeber, Dienstherrn oder Arbeitgeber weiterzuleiten. Wenn dies für die Genehmigung einer Abschlussvereinbarung erforderlich ist, muss die Verschwiegenheitsverpflichtung auf die Partei ausgedehnt werden. Gleichzeitig ist zu prüfen, ob und inwieweit der Mediand, also die handelnde Person etwa durch den Anstellungsvertrag in diese Verschwiegenheitsverpflichtung eingebunden ist.

📄 Regelung der Verschwiegenheit

Kollidierendes Recht

[915] Denkbar sind Kollisionen mit den Schweigerechten bzw. den Schweigepflichten anderer Berufe. Beispielsweise, wenn ein Rechtsanwalt die Mediation durchführt. Unter den Anwaltsmediatoren besteht Unsicherheit. Viele Rechtsanwälte, die auch Mediatoren sind, fühlen sich sicherer, wenn sie eine anwaltliche Beratung anbieten als eine Mediation, weil dann die Schweigerechte weiter gehen. Das Schweigerecht des Mediators beschränkt sich auf Zivilverfahren, während sich das Schweigerecht der Anwälte auch auf Strafverfahren erstreckt. Konkret bedeutet das, dass der Rechtsanwalt (wenn er als solcher tätig geworden ist) über alles schweigen darf, auch Straftaten, während der Mediator dort beispielsweise als Zeuge aussagen muss.

[916] Die Rechtslage scheint für Rechtsanwälte eindeutig zu sein. Der Schein trügt jedoch. Rechtsanwälte unterliegen den gleichen Einschränkungen des Schweigerechts wie Mediatoren auch, wenn sie als Mediatoren tätig werden. Zwar besagt § 18 BORA, dass ein Rechtsanwalt, der als Vermittler, Schlichter oder Mediator tätig wird, den Regeln seines anwaltlichen Berufsrechts unterliegt. § 43a BRAO besagt: „Der Rechtsanwalt ist zur Verschwiegenheit verpflichtet. Diese Pflicht bezieht sich auf *alles*, was ihm in Ausübung seines Berufes bekanntgeworden ist. Dies gilt (lediglich) nicht für Tatsachen, die offenkundig sind oder ihrer Bedeutung nach keiner Geheimhaltung bedürfen.“ § 43a hat also keine Einschränkung. Die Vorschrift geht also weiter als § 4. Allerdings betrifft § 43a BRAO den Rechtsanwalt in seiner Funktion als Rechts-

anwalt. Die Schweigepflicht für Mediatoren ist im MediationsG geregelt. Der Anwalt wird also in seiner Funktion als Mediator, nicht in seiner Funktion als Rechtsanwalt tätig⁷³⁶. Er verstößt somit nicht gegen berufs- oder strafrechtliche Verschwiegenheitspflichten, wenn er Geheimnisse offenbart, die er im Rahmen einer (gerichtlichen) Mediation von der Gegenseite erlangt hat⁷³⁷. Das Anwaltsgericht führte aus, dass der Rechtsanwalt nach § 43 a Abs. 2 BRAO nur gegenüber seinem Mandanten zur Verschwiegenheit verpflichtet sein kann. Weiterhin wird ausgeführt, dass dem Rechtsanwalt nichts verboten sein könne, was ihm nach spezielleren berufsrechtlichen Vorschriften erlaubt sei. Die Anwendbarkeit der BRAO kann in dem Fall nicht über § 18 BORA abgeleitet werden. Die BORA ist eine Satzung. Der Satzungsgeber, also die BRAK, ist nur zum Erlass einer „Berufsordnung“ (§ 59bI BRAO, § 86II Nr. 2 StBerG, § 52bI PAO) oder einer „Berufssatzung“ (§ 57III 1 WPO) ermächtigt⁷³⁸. Die Satzung ist dem Gesetz gegenüber nachrangig. Damit konform gehend bestimmt § 2 Abs. 3 BORA, dass die Pflicht zur Verschwiegenheit *nicht* gelten soll, soweit andere Rechtsvorschriften Ausnahmen zulassen.

⁷³⁶ Die weit verbreitete gegenteilige auch von *Groth, v. Bubnoff*: Gibt es „gerichts feste“ Vertraulichkeit bei der Mediation? NJW 2001, 338 Auffassung stammt aus der Zeit vor Inkrafttreten des Mediationsgesetzes.

⁷³⁷ AnwG Mecklenburg-Vorpommern: Beschluss vom 01.08.2007 - 1 AG 6/07

⁷³⁸ *Knöfel*, Gilt das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen auch für Tätigkeiten außerhalb des Anwaltsberufs? NJW 2005, 6

[917] Auch die Begründung zum MediationsG löst die Kollision schließlich zugunsten der Mediatoren auf. Dort wird ausgeführt: „§ 4 MediationsG verdrängt als *lex specialis* andere Regelungen aus den Berufsrechten der Grundberufe der Mediatorinnen und Mediatoren. Damit soll sichergestellt werden, dass der Schutz der Vertraulichkeit bei allen Mediatorinnen und Mediatoren gleich ist. Von besonderer Bedeutung ist dies in Fällen der so genannten Co-Mediation: Hier wäre es den Parteien kaum zu vermitteln, dass zwei Mediatorinnen oder Mediatoren aus unterschiedlichen Grundberufen verschiedenen Verschwiegenheitspflichten unterliegen“⁷³⁹.

[918] Ein Widerspruch zu §§ 53a StPO und 383 ZPO ist ebenfalls nicht ersichtlich. Dort wird das Zeugnisverweigerungsrecht der Berufsträger geschützt. Die Einbeziehung auch der Rechtsanwälte in diesen Schutzbereich wird damit begründet, dass dem Anwalt als unabhängigen Organ der Rechtspflege eine besondere Bedeutung zukomme⁷⁴⁰. Der primäre Normzweck der Vorschrift des § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO besteht in dem Schutz des Vertrauensverhältnisses zwischen dem Berufsheimnisträger und dem Ratsuchenden⁷⁴¹. Berufsheimnisträger dürfen deshalb das Zeugnis über das verweigern, was ihnen *in dieser Eigenschaft* anvertraut worden oder bekannt geworden ist⁷⁴². Für die Grenzziehung ist auf die Funktion des Zeugnisverweigerungsrechts abzustellen.

Wenn sich der Rechtsanwalt entscheidet, eine Medi-

⁷³⁹ Drucksache 17/5335, S. 17

⁷⁴⁰ Graf (BeckOK stop), § 100a Rn 59 – 65

⁷⁴¹ AG Bonn, 51 Gs 557/10; Rüping / Nordholtz (Schweigen)

⁷⁴² Leipold: NJW-Spezial 2005, 231

ation durchzuführen, dann wird er nicht in der Funktion als Rechtsanwalt, sondern in der Funktion als Mediator tätig. Natürlich kann das Zeugnisverweigerungsrecht in dem Fall nur so weit gehen, wie die Schweigepflicht des Mediators [947] reicht. Sie ist im MediationsG nunmehr geregelt.

[919] Der Steuerberater ist nach § 5 BStZ zur umfassenden Verschwiegenheit gegenüber jedem Dritten, auch Behörden, verpflichtet. Im Umgang mit Finanzbehörden wird ihm gem. § 102 AO neben Rechtsanwälten, Notaren, Wirtschaftsprüfern usw. ein explizites Auskunftsverweigerungsrecht eingeräumt. Auch hier muss das MediationsG als *lex specialis* gelten, wenn der Steuerberater als Mediator tätig wird.

[920] Das gleiche gilt auch für die Mitarbeiter von Beratungsstellen oder Jugendämtern, soweit für sie die Anwendbarkeit des MediationsG angenommen wird [261] [746]. Nur dann geht die Regelung des MediationsG zur Verschwiegenheit den Vorschriften des SGB VIII §§ 61, 65 bzw. SGB I § 35 (Sozialgeheimnis) vor. Mit der Anwendbarkeit des MediationsG würde die Vertraulichkeit der Mediation auch gegenüber den Kollegen und Mitarbeitern der Beratungsstellen oder Jugendämter sichergestellt. Sie wird auch auf den Inhalt der Mediation, der über die geschützten Sozialdaten hinausgehen kann, erstreckt.

Umfang der Schweigepflicht

[921] Dass die Schweigepflicht des Mediators hinter der anderer Berufe zurückbleibt, mag damit zusammenhän-

gen, dass diese Berufe einen Eid leisten, den der Mediator nicht zu erbringen hat. Hier besteht also ein höheres Vertrauen, dass die Schweigepflicht nicht missbraucht werden kann. Darüber hinaus gibt es disziplinarische Maßnahmen gegen den Anwalt, wenn er gegen die Vorschrift verstößt. Er unterfällt sogar der Strafbarkeit des § 203 StGB, der die Verletzung von Privatgeheimnissen ahndet. Mediatoren werden von dieser Vorschrift *nicht* erfasst. Das ist Grund genug, die Verschwiegenheit grundsätzlich auf zivilgerichtliche Verfahren und darauf zu beschränken, was ohnehin jeder Bürger vereinbaren kann.

Umfang der gesetzlichen Schweigepflicht

[922] Die gesetzliche Schweigepflicht ist limitiert. Einschränkungen ergeben sich aus den folgenden, im Gesetz genannten Tatbeständen:

Fragen zur Vollstreckung

[923] Der Anlass für diese Regelung im Gesetz ist nicht wirklich klar. Die Begründung zum Gesetzesentwurf hat die Regelung in Art 7 der Richtlinie schlicht kopiert. Fragen zur Verschwiegenheit und aufkommende Probleme im Zusammenhang mit der Zwangsvollstreckung wurden bei der Vollstreckbarkeit erörtert [467].

[924] Wenn Fragen zur Vollziehung (Inkraftsetzung und Vollstreckung der Abschlussvereinbarung) auftauchen, die mit den Parteien direkt abzustimmen sind, kann die Verschwiegenheitspflicht dies nicht verhindern. Die Verschwiegenheitspflicht betrifft das *Außenverhältnis*, nicht das Verhältnis des Mediators zu den Parteien unterei-

inander. Im Verhältnis zu den Parteien kann der Mediator diejenigen Informationen herausgeben, die er nicht in vertraulichen Einzelgesprächen erlangt hat.

Die Verschwiegenheit im Innenverhältnis

[925] Auch im Verhältnis des Mediators zu den Medianten gibt es eine Verschwiegenheitspflicht. Nicht über Informationen, die in der Joint Session (gemeinsame Sitzung) aufgekommen sind, wohl aber dann, wenn sich der Mediator gem. § 2 Abs. 3 Satz 2 auf Einzelgespräche eingelassen hat. Einzelgespräche [800] erlauben eine Art verschachtelter Vertraulichkeit. Sie sollen den Medianten die Möglichkeit geben, Dinge anzusprechen, die in der Parteiöffentlichkeit schwierig zu thematisieren sind. Einzelgespräche sind vertraulich – auch im Verhältnis der Medianten zueinander. Der Mediator wird sich deshalb nach jedem Einzelgespräch eine Erlaubnis über diejenigen Informationen einholen, die er der Gegenseite weitergeben darf.

✎ Fehlende Erlaubnis zur Informationsweitergabe

Missbraucht der Mediator die Vertraulichkeit, indem er Informationen der Gegenseite offenbart, gefährdet er die Vertrauensbeziehung zum Medianten. Um seine Neutralität zu wahren, sind die Parteien über die Vertraulichkeit und die Handhabung von Einzelgesprächen zu informieren.

✎ Fehlende Information über die Handhabung der Einzelgespräche

Die Regeln der Kunst gehen hier also weiter als das Ge-

setz. Es genügt nicht, die nach § 2 Abs. 3 geforderte Erlaubnis einzuholen. Der Mediator muss auch die Bedingungen, unter denen ein Einzelgespräch geführt wird, mit den Medianden abstimmen.

Vorrangige Gründe der öffentlichen Ordnung

[926] Das Gesetz verwendet einen sehr weiten Maßstab, um die Verschwiegenheit einzugrenzen. Der Begriff des Ordre Public meint die für den Bestand der Rechtsgemeinschaft unverzichtbaren Grundsätze. Diese finden außer in der inländischen Sittenordnung in den Rechtsnormen des deutschen Rechts ihren Ausdruck⁷⁴³. Der Ordre Public beschreibt die Summe des zwingenden Rechts eines Staates⁷⁴⁴. Die Begründung zum Gesetzesentwurf führt demgegenüber aus: „Die Vorschrift trägt dem Gesichtspunkt des Ordre Public Rechnung, der eine Durchbrechung der Verschwiegenheitspflicht dann gebietet, wenn deren Unterlassung zu Ergebnissen führen würde, die mit den Grundwerten der deutschen Rechtsordnung nicht zu vereinbaren wären“⁷⁴⁵.

[927] In der Begründung zum Gesetzesentwurf wurde die Kindeswohlgefährdung als Beispiel für den Verstoß gegen den Ordre Public gewichtet. Die Verschwiegenheit soll enden, wenn in der „Mediation eine Kindeswohlgefährdung zur Sprache gekommen ist, die sich nur durch Offenlegung, etwa gegenüber dem Jugendamt oder der Polizei, abwenden lässt“. Bei dem Beispiel geht es dem

⁷⁴³ *Sonnenberger*, EGBGB Art. 6 Öffentliche Ordnung (ordre public), Münchener Kommentar zum BGB, 5. Auflage 2010, Rdnr. 17

⁷⁴⁴ *Sonnenberger*, EGBGB Art. 6 a.a.O. Rdnr. 19

⁷⁴⁵ Begründung S. 26

Gesetzgeber also um eine *Gefahrenabwehr*, nicht um eine Ahndung von Straftaten.

[928] Dem Gesetzgeber ist es sogar bewusst, dass die Eingriffsvoraussetzungen im Falle der Kindeswohlgefährdung enger gefasst sind als etwa im Falle des § 1666 BGB. Begründet wird diese Einschränkung, damit, dass „... Mediatoren, anders als Familiengerichte, nicht in erster Linie dem Kindeswohl, sondern den Parteien verpflichtet sind“⁷⁴⁶. Was der Gesetzgeber gemeint haben könnte, erschließt sich aus der weiteren Begründung. Denn dort wird als (ungeschriebene) zusätzliche Voraussetzung für die Ausnahme von der Verschwiegenheitspflicht, angenommen, dass die *Offenbarung* der in der Mediation zur Sprache gekommenen *Tatsachen geboten* ist“. Bei Tatsachen geht es nicht um Anschuldigungen, sondern um *eingestandene und nachprüfbare Fakten*. Wie können sich solche Tatsachen in der Praxis erweisen, wenn der Mediator die Parteien über die Grenzen der Schweigepflicht zuvor korrekt informiert hat?

[929] Der Mediator muss sich über seine Rolle und Verantwortung im Klaren sein und darauf achten, dass er selbst Teil eines fairen Verfahrens ist und weder zum Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft noch zum Instrument falscher Verdächtigungen wird. Auch ist er - wie die Begründung selbst hervorhebt - nicht in erster Linie dem Kindeswohl, sondern *den Parteien* verpflichtet⁷⁴⁷. Das Kind ist in der Regel zwar keine formale Partei, aber zu-

⁷⁴⁶ Greger in Greger/Unberath Teil II § 4 Rn 15, Begründung Seite 26

⁷⁴⁷ Begründung S. 26

mindest ein Interessenbetroffener [419]. Es ist insofern also durchaus Beteiligter des Verfahrens, auch wenn das Kind nicht selbst anwesend ist. Die Begründung unterstellt eine „*weitere Beeinträchtigung*“. Es geht also nicht um die Strafverfolgung, sondern um den Schutz. Sie führt dazu aus: „Dies ist nur dann der Fall, wenn sich die jeweilige Beeinträchtigung auf andere Weise als durch Offenbarung nicht abwenden lässt, insbesondere, wenn die Mediation nicht zu einer effektiven und endgültigen Beendigung des Zustands führt bzw. wenn bei Kindeswohlgefährdungen die Eltern auch nach Hinweis auf die Gefährdungslage nicht bereit oder in der Lage sind, diese zu beseitigen“⁷⁴⁸. Somit obliegt es dem nicht entscheidungsbefugten Mediator nicht nur den Sachverhalt zu subsummieren, sondern auch zu entscheiden, wann eine Kindeswohlgefährdung vorliegt oder nicht. Er muss voraussehen können, dass sich bei der weiteren Entwicklung der Dinge eine erhebliche Schädigung des geistigen, seelischen oder körperlichen Wohls des Kindes mit ziemlicher Sicherheit einstellen wird⁷⁴⁹ und dabei sämtliche Umstände unter Berücksichtigung der Anlagen und des Verhaltens des Kindes abwägen können⁷⁵⁰.

[930] Die Verwendung des Begriffs „*Ordre Public*“ führt zu Ungenauigkeiten. *Greger* führt aus, die Schweigepflicht ende nicht automatisch bei der *Kenntnisnahme* von straf-

⁷⁴⁸ Begründung S. 26

⁷⁴⁹ BVerfG FamRZ 2010, 713, 714 Rn 41; BGH FamRZ 1956, 350, 351; FamRZ 2005, 344, 345; OLG Brandenburg FamFR 2010, 357; OLG Hamm FamRZ 2009, 1752 f; OLG Karlsruhe FamRZ 2009, 1599

⁷⁵⁰ OLG Brandenburg FamRZ 2008, 1556; JAmt 2008, 49, 50

baren Handlungen⁷⁵¹. Diese Schlussfolgerung mag auf den polizeirechtlichen Aspekt der Gefahrenabwehr zurückgeführt werden. Die Vorschrift führt zu einer nicht unerheblichen Unsicherheit. Für den einen ist Gefahrenabwehr nur die Abwehr von Gefahren für Leib und Seele, für den anderen die Abwehr von Gefahren für das Vermögen und die soziale Ordnung. Eine gesetzliche Klarstellung erscheint erforderlich.

✍ Verschwiegenheit genau abgrenzen

Eine vertragliche Nachbesserung ist empfohlen [941], wenn der Gesetzgeber keine klaren Grenzen setzt.

□ Verschwiegenheit genau abgrenzen

[931] Die Schweigepflicht ist in den folgenden Fällen als aufgehoben anzunehmen:

1. Der Mediator wird Zeuge einer in der Mediation aktiv begangenen Straftat. Theoretisch - aber in der Praxis noch nie geschehen⁷⁵² - könnte man die Beleidigung als eine solche Straftat auffassen. Die Beleidigung wird nach § 185 StGB mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe geahndet. Schon aus diesem Grunde könnte sich der Mediator veranlasst sehen, Beleidigungen zu unterbinden. Andererseits sind Beleidigungen manchmal der Zugang zu den sogenannten Ich-Botschaften und Bedürfnissen und deshalb ein Teil des Spiels. Der Mediator muss Spielraum haben, zu entscheiden ob und wie er bei Belei-

⁷⁵¹ Greger in Greger/Unberath Teil II § 4 Rn 15, Begründung S. 26

⁷⁵² nach den Erfahrungen der Autoren

gungen einschreitet. Diese Überlegungen sprechen dafür, das Zeugnisverweigerungsrecht des Mediators dem des Anwalts anzupassen.

☞ Erweiterung des Zeugnisverweigerungsrechtes

2. Der Mediator wird Zeuge einer in der Mediation geplanten Straftat.
3. Die Partei ist zur Offenlegung der Information verpflichtet (Einkommen bei Unterhalt incl. Schwarzgeld).
4. Wenn es darum geht, eine Gefährdung des Wohles eines Kindes oder eine schwerwiegende Beeinträchtigung der physischen oder psychischen Integrität einer Person abzuwenden.

Tröstlich ist, dass Mediatoren im Katalog des § 203 StGB derzeit noch keine Erwähnung finden. § 203 stellt die Verletzung von Privatgeheimnissen unter Strafe die einem Berufsträger, wie etwa einem Arzt oder Rechtsanwalt anvertraut wurden. Ein Mediator hat deshalb eine Strafbarkeit wegen Geheimnisverrats nicht zu befürchten. Wohl muss er mit zivilrechtlichen Ersatzansprüchen rechnen, wenn sich die Weitergabe als vorschnell oder unberechtigt erweisen sollte.

↗ Weitergabe von Informationen

Strafrechtliche Grenzen

[932] Das Strafrecht ist ein Teil der öffentlichen Ordnung. Es wird nicht nur durch den Begriff des Ordre Public, aber auch durch die Entscheidung des Gesetzgebers, den Mediator nicht auch für das Strafverfahren ein Schweige-

recht einzuräumen. In der Praxis führt dies dazu, dass der Mediator einer Vorladung der Staatsanwaltschaft oder des Gerichts zur Abgabe einer Zeugenaussage Folge leisten muss. Zu unterscheiden sind die folgenden Fälle:

Der Mediator hört von einer Straftat

[933] Das ist beispielsweise der Fall, wenn ein Mediand Schwarzgeldeinnahmen einräumt. Schwarzgeldeinnahmen erfüllen den Tatbestand der Steuerhinterziehung. Es handelt sich um eine Straftat, die *vor* der Mediation begangen wurde. Der Mediator wird deshalb zum Zeugen „vom Hörensagen“. Er wird Zeuge eines Geständnisses also nur mittelbarer Zeuge der Straftat. Wenn ein Mediand nach der Mediation eine Strafanzeige vorlegt und den Mediator als Zeugen für das Eingeständnis der Straftat benennt, dann findet seine Vernehmung im Strafverfahren statt und folgt den Regeln der StPO. Diese sieht für den Mediator kein Zeugnisverweigerungsrecht vor. Er muss also aussagen. Das Verhandeln von Schwarzgeldeinnahmen unterfällt deshalb nicht der Vertraulichkeit.

Der Mediator wird Zeuge einer Straftat

[934] Das ist bereits der Fall, wenn eine Partei die andere beleidigt. Eine Beleidigung ist eine Straftat. Es gilt das zuvor Gesagte.

Der Mediator wird Teil dieser Straftat

[935] Das ist vorstellbar, wenn die Parteien beispielsweise ein Steuerhinterziehungsmodell in ihr Lösungskonzept einplanen. Hier kann der Mediator schnell zum Beihelfer werden. Beihilfe i.S.d. § 27 StGB wird bereits angenom-

men, wenn jemand psychische Unterstützung zur Durchführung der Straftat leistet. Anstifter iSd § 26 StGB liegt vor, wenn jemand zur Begehung einer Straftat verleitet. Der Mediator ist also gut beraten, wenn er sich von Lösungen distanziert, die eine Straftat verwirklichen. Kommt seine Beteiligung an einer Straftat in Betracht, kann er die Aussage gem. § 55 StPO mit dem Hinweis verweigern, dass er sich selbst belasten würde.

Missbrauch der Mediation durch das Strafrecht

[936] Der Gedanke des Gesetzgebers, Parteien mit der Durchbrechung der Verschwiegenheitspflicht zu schützen, verkehrt sich in das Gegenteil, wenn ein Mediator nach einer gescheiterten Mediation die Gegenseite zur Befriedigung der noch ungestillten Rachebedürfnisse etwa wegen eines in der Mediation versuchten Betruges anzeigt. Auch wäre es denkbar, dass der Mediator über die Strafanzeige Beweise für einen Zivilrechtsstreit sichern will. Beides ist möglich und geschieht auch in der Praxis⁷⁵³. In beiden Fällen ist zu verhindern, dass die Mediation zweckentfremdet wird. Die Mediation ist weder ein Mittel zur Befriedigung von Rachegefühlen, noch ein Verfahren zur Beweisermittlung und erst recht nicht zur Ahndung strafbarer Handlungen. Mithin ist der Mediator weder ein Instrument der persönlichen Rache einer Partei, noch ist er Beweisermittler und erst recht ist er kein Hilfsbeamter der Staatsanwaltschaft. Alle diese Funktionen wären mit dem Wesen der Mediation nicht verein-

⁷⁵³ Siehe *Trossen* (Zeugenkrimi)

bar. Es liegt allerdings nicht nur in der Verantwortung des Mediators, dies zu verhindern.

✎ Instrumentalisierung des Mediators nicht verhindert

[937] Sowohl der Mediator, wie auch die Ermittlungsbehörden sollten sich im Klaren darüber sein, dass die Mediation schon theoretisch nicht zu einem Betrugsfall werden kann. Ein so genannter Dreiecksbetrug, bei dem der Verfügende (z.B. der Richter) und der Geschädigte (z.B. die gegnerische Prozesspartei) auseinanderfallen, ist nach dem Kommunikationsmodell der Mediation [74] von vorne herein ausgeschlossen. Der Mediator ist nicht entscheidungsbefugt. Er kann somit keine Vermögensverfügung zu Lasten einer Partei anordnen. Wenn er nach den Regeln der Kunst vorgeht, spielt nicht einmal seine Meinung über die Bewertung der Fakten eine Rolle. Im Idealfall hat er keine Meinung und deshalb keine Einflussnahme. Der korrekt arbeitende Mediator ist also per se gar nicht täuschbar. Obwohl er ein ungeeignetes Objekt für die Begehung eines Betruges ist, kommt eine Strafbarkeit dennoch in Betracht, wenn der Partei ein sogenannter untauglicher Versuch vorzuwerfen ist. Das Rechtsinstitut des allgemeinen Strafrechts ahndet auf diese Weise die subjektive Vorstellung der Partei, eine strafbare Handlung zu begehen. Nun zeigt es sich, wie wichtig es ist, dass der Mediator seine Rolle nicht nur explizit erläutert, sondern dass er sich auch konstant in dieser Rolle bewegt.

✎ Mediatorenrolle nicht erläutert oder eingehalten

[938] Hat der Mediator sich, wie es das Gesetz in § 2 Abs. 2 verlangt, davon überzeugt, dass die Parteien seine Rolle

und die Mediation verstanden haben, schließt er damit einen so genannten untauglichen Versuch strafatbestandlich aus. Möglich wäre dann also nur noch eine Täuschung des Gegners unmittelbar. Da sich die Täuschungshandlung auf Tatsachen bezieht, muss der Täuschende beweis zugängliche Ereignisse oder Zustände der Gegenwart oder Vergangenheit wahrheitswidrig falsch darstellen. Eine zur Täuschung führende Falschdarstellung ist deshalb nur über Tatsachen denkbar, von denen der Gegner selbst keine Kenntnis haben kann. Die unterlassene Angabe von Tatsachen ist strafbar, wenn eine Offenbarungspflicht besteht. Verschwiegene Schwarzgeldeinnahmen einer Partei stellen deshalb auch in einer Mediation über Unterhaltsfragen einen Täuschungsversuch dar.

[939] Gefordert sind die Ermittlungsbehörden. Sie müssen nach Vorlage einer Strafanzeige genau prüfen, ob ein erhärteter Verdacht besteht und eine Strafbarkeit überhaupt in Betracht kommt. Sie sollten sich bewusst darüber sein, dass sie sich in einem Streit bewegen, bei dem die Strafanzeige sowohl die Hilflosigkeit wie die Angriffslust einer Partei zum Ausdruck bringen kann. Schnell werden die Ermittlungen zu einem Bestandteil der offensichtlich noch unvollständigen Konfliktbewältigung. Sie können sowohl einen deeskalierenden wie auch einen eskalierenden Einfluss nehmen. Solange der Mediator den Missbrauch der Mediation nicht durch die Wahrnehmung eines eigenen Zeugnisverweigerungsrechts im Strafverfahren verhindern kann, muss sichergestellt sein, dass seine Einvernahme nur bei einem hinreichenden Verdacht und als das letzte Beweismittel herangezogen

wird, auf das der Staatsanwalt zur Sachaufklärung zugreift.

✂ Vernehmung des Mediators nur als Ultima Ratio

[940] Da der Mediator letzten Endes selbst die Verantwortung über seine Aussage hat, sollte er sich zuvor sowohl über die Strafbarkeit wie auch über die verdachtsbegründenden Tatsachen aufklären lassen. Gegebenenfalls sollte er dem Staatsanwalt oder Richter erklären, warum es in der Mediation geht, damit dieser die Frage der Strafbarkeit besser einschätzen kann. Wenn der Verdacht einer strafbaren Handlung vorliegt, dann mag diese zwar immer noch durch Rachegefühle oder zur Ausforschung motiviert sein. Sie ist aber zumindest rechtens. Jeder Zeuge hat gem. § 161 a StPO einer staatsanwalt-schaftlichen oder richterlichen Vernehmung gem. §§ 48 ff. 162 Folge zu leisten. Verweigert er grundlos seine Aussage, kann er nach § 70 StPO durch Zwangshaft und Ordnungsgeld dazu angehalten werden. Der Mediator kann dem Aussagedilemma entgehen, indem er die Partei korrekt über die Konsequenzen einer eventuellen Täuschung belehrt [943] und Äußerungen dazu anheimstellt.

Umfang der vertraglichen Schweigepflicht

[941] Die gesetzliche Schweigepflicht kann für den Mediator ausgedehnt und für die Medianten und Dritte als vertragliche Schweigepflicht eingeführt werden. Die Vereinbarung beinhaltet meist auch ein Beweisverwertungsverbot etwa des Inhaltes, dass die Person XY im Falle eines zivilgerichtlichen Verfahrens nicht als Zeuge benannt werden darf. Leider bieten die prozessvertraglichen Be-

weisverwertungsverbote keinen absoluten Schutz. Sie können nur auf Informationen begrenzt werden, die direkt aus der Mediation gewonnen wurden und nicht schon vorher bekannt waren oder nicht von anderen Erkenntnisquellen stammen. *Hofmann* weist darauf hin, dass man den zukünftigen Prozessgegner durch die Offenbarung von Tatsachen möglicherweise überhaupt erst dazu bringt, nach alternativen Beweisquellen zu suchen. Es gibt somit keinen 100%-igen Schutz der Vertraulichkeit⁷⁵⁴.

[942] Zu beachten ist, dass die Beweisverwertungsverbote zwischen den Parteien zu vereinbaren sind, die später in einen Prozess verwickelt werden könnten. In der Regel sind das die Vertragsparteien des MV, auf die sich die Vereinbarung gegebenenfalls zu erstrecken hat [423].

Ende der Schweigepflicht

[943] Die Schweigepflicht endet nicht mit der Vertragsbeendigung. Der Mediator darf auch dann nicht offenbaren, wer seine Medianden sind und was in der Mediation gesagt wurde. Selbst wenn er bei anderer Gelegenheit erneut Kenntnis von Informationen erlangt, führt dies nicht zu einer Erlaubnis, diese zu offenbaren, wenn die Informationen auch Gegenstand der Mediation geworden waren. Es ist die sich spätestens aus vertraglichen Nebenpflichten ergebende Verantwortung des Mediators in diesem Fall zu klären, was der Verschwiegenheit unterliegt und was nicht. Zu bedenken ist auch, dass alle Medi-

⁷⁵⁴ Hofmann (Vertraulichkeit), SchiedsVZ 2011, 148-152

anden zustimmen müssen, wenn Informationen nach außen gegeben werden, nicht nur der Urheber.

Informations- und Belehrungspflicht

[944] Nach § 4 hat der Mediator die Parteien über seine Verschwiegenheit und ihren Umfang zu informieren. Die Verschwiegenheit sichert die Offenheit des Gesprächs. Der Mediator wird die Parteien zur Offenheit auffordern. Er sollte auch den durch die Schweigepflicht beschriebenen Umfang erwähnen, in dem die Offenheit sicher möglich ist. Die Parteien müssen sich darauf einstellen können. Es genügt nicht, auf die Verschwiegenheitspflicht generell hinzuweisen. Vielmehr bedarf es der Aufklärung, wer dieser Pflicht in welchem Umfang unterliegt.

[945] Die Information über die Verschwiegenheit muss sich besonders auf die Grenzen der Schweigepflicht beziehen. Anderenfalls wäre der Mediator rechtlich noch schlechter gestellt als bei einer polizeilichen Vernehmung. Dort wäre die Entgegennahme einer Zeugenaussage ohne rechtliche Belehrung auf ein Beweisverbot gesichert. Hier gibt es eine solche Vorschrift nicht. Das bedeutet, dass der Mediator, ob er über die Grenzen der Verschwiegenheit informiert hat oder nicht, im Falle einer Vernehmung, als Zeuge auszusagen hat. Der Gesetzgeber hat von einer expliziten Belehrungspflicht nur deshalb abgesehen, weil sich die Belehrung über die Grenzen der Verschwiegenheit aus der Pflicht ergibt, die Medianten über den Umfang, somit auch über die Grenzen der Verschwiegenheitspflicht zu informieren.

✎ Fehlerhafte Information über Schweigepflichten

Geltendmachung der Verschwiegenheit

[946] Alle Mediatoren sind gemäß § 383 Abs. 1 Ziff. 6 ZPO in Zivilverfahren und in allen auf diese Regelung Bezug nehmenden Verfahren zeugnisverweigerungsberechtigt⁷⁵⁵. Das Zeugnisverweigerungsrecht gilt nicht im Strafverfahren und auch nur solange und soweit die Verschwiegenheitspflicht besteht. Es liegt in seinem pflichtgemäßen Ermessen, ob der Mediator von seinem Weigerungsrecht Gebrauch macht oder nicht⁷⁵⁶. Das bedeutet, der Mediator trifft seine eigene selbst zu verantwortende Entscheidung, ob und inwieweit er eine Aussage tätigt oder nicht.

[947] Die Schweigepflicht des Mediators endet, wenn *alle* Medianden darauf verzichten oder den Mediator entbinden⁷⁵⁷. Die Entscheidung zur Entbindung von der Schweigepflicht zählt zu den höchstpersönlichen Rechten eines Menschen. Sie ist deshalb auch nur bedingt vererbbar. Nach h.M. kann eine Entbindung von der Schweigepflicht bei vermögensrechtlich orientierten Interessen in jedem Fall von den Erben erklärt werden⁷⁵⁸. Die Verschwiegenheitspflicht ist fremdnützig. Der Mediator hat kein eigenes Schweigerecht⁷⁵⁹. Das bedeutet, er leitet das

⁷⁵⁵ BT-Drucks. 17/5335, S. 17

⁷⁵⁶ ZPO Anhang zu § 278a. Mediationsgesetz, *Ulrici*, Münchener Kommentar zur ZPO, 4. Auflage 2013, Rn 13-27,

⁷⁵⁷ BGHSt 18, 146, 147, NJW 1963, 723

⁷⁵⁸ Zur Problematik bei der ärztlichen Schweigepflicht siehe *Spickhoff*: Postmortaler Persönlichkeitsschutz und ärztliche Schweigepflicht, NJW 2005, 1982

⁷⁵⁹ ZPO Anhang zu § 278a. Mediationsgesetz, *Ulrici*, Münchener Kommentar zur ZPO, 4. Auflage 2013, Rn 24, 25, BGHSt 15, 200, 202, NJW 1961, 279; RGSt 57, 63, 64

Schweigerecht von den Parteien ab. Wenn sie ihn davon befreien, ist er zur Aussage verpflichtet.

☐ Entbindungsberechtigung durch Erben

Anzeigepflicht

[948] Auch wenn das Gesetz die Verschwiegenheitspflicht bei den aufgezeigten Gefahren enden lässt, bedeutet das noch lange nicht, dass der Mediator von sich aus aktiv werden muss, um die Behörden zu informieren. Die Verschwiegenheitspflicht gibt ihm das Recht, die Aussage zu verweigern. Es gibt ihm auch die Möglichkeit, derartige Umstände zu offenbaren. Es *verpflichtet* ihn indes nicht dazu, auch eine Anzeige erstatten. Dazu ein Beispiel⁷⁶⁰: In einer Mediation, bei dem es um einen Vater Sohn Konflikt geht, erzählt der Sohn der Mediatorin, dass er von seinem Vater geschlagen wurde. Er zeigte ihr die blauen Flecke am Arm. Er beklagte das Verhalten des Vaters, wollte aber auch nicht, dass die Mediatorin den Vater mit der Information konfrontiert. Er hatte Angst vor den Konsequenzen. Die Mediatorin hatte sich an die Absprache gehalten und das Thema in der Mediation nicht aufgebracht. Um ihr Gewissen zu beruhigen, hatte sie danach jedoch eine anonyme Anzeige erstattet. Ohne auf die moralische und berufsethischen Fragen eingehen zu wollen, ob der Mediator sich als solcher verhält, wenn er selbst für eine Anzeige keine Verantwortung übernimmt und diese anonym, vorlegt, soll darauf hingewiesen werden, wie sich die Rechtslage zur Frage der Anzeigepflicht

⁷⁶⁰ Fall wurde ausführlich besprochen unter <http://www.in-mediation.eu/vertraulichkeit>, dl 1.8.2012

verhält. Dann ist es letztlich eine Entscheidung des individuellen Gewissens eines jeden Mediators was er tut und was nicht.

[949] Zunächst ist festzuhalten, dass das MediationsG zwar die Schweigepflicht, nicht jedoch die Informationspflicht [790] beschreibt. Das Gesetz besagt nicht, dass der Mediator seine Aussage etwa durch eine Anzeige herbeizuführen hat. Die Frage der Anzeigepflicht ergibt sich aus dem nationalen Recht. In Deutschland gibt es dazu ein Gesetz, nämlich § 138 StGB. Danach besteht eine generelle Anzeigepflicht für jedermann, nur bei nur bei bestimmten geplanten Straftaten: Hochverrat, Landesverrat, Geld- und Wertpapierfälschung, Mord, Totschlag, Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Kriegsverbrechen, Straftaten gegen die persönliche Freiheit, Raub, Erpressung und gemeingefährliche Straftaten. Die Strafvereitelung des § 258 StGB ist nicht einschlägig. Diese Vorschrift betrifft eine aktive Vereitelung der Strafverfolgung. Sie kann zwar auch durch ein Unterlassen begangen werden. Allerdings erfordert das Unterlassen eine sogenannte Garantienpflicht, also eine rechtliche Verpflichtung zum Handeln. Ohne diese Verpflichtung wäre ein Unterlassen rechtlich unbedeutend. Eine allgemeine Rechtspflicht zur Anzeige ergibt sich nicht. Eine über diese gesetzlichen Vorschriften hinausgehende Anzeigepflicht des Mediators ist weder geregelt noch zu regeln beabsichtigt. Meint der Mediator wegen der eigenen Gewissensbelastung anzeigen zu müssen, dann sollte er darauf achten, sich nicht selbst unfair zu verhalten, indem er die Parteien zunächst zur Offenheit auffordert,

um die so erlangten Informationen dann ohne vorherige Belehrung weiterzugeben.

✎ Belehrungspflicht verletzt

Anpassung der Verschwiegenheitspflichten

[950] **Weil die Pflicht zur Verschwiegenheit in § 4 auf den Mediator beschränkt ist, bedarf die Vertraulichkeit einer weiteren Absicherung.** Die Überlegung des Gesetzgebers, dass sich eine Verschwiegenheitspflicht der Parteien erübrige, weil in einem anschließenden streitigen Prozess Aussage gegen Aussage stehe und die fragliche Behauptung nicht erweisbar sei, erscheint unzureichend. Sie verliert ihre Logik schon in dem Moment, wo Dritte am Verfahren teilnehmen, die gegebenenfalls durchaus als Zeugen zur Verfügung stehen könnten. Es ist nicht klar, wer, wann, wo Informationen offenbaren wird. Besser ist es also, die Parteien und sonstige am Verfahren teilnehmenden Personen ebenfalls in die Verschwiegenheitspflicht einzubeziehen [423]. Die MDV wäre ein dazu gut geeignetes Instrument. Hier ließe sich auch die Verwertung von Dokumenten untersagen, die während der Mediation zur Information herausgegeben werden.

□ Anpassung Schweigepflichten / Verwertungsverbote

[951] Zu beachten ist, dass die Beweisverwertungsverbote zwischen *den* Parteien zu vereinbaren sind, die später in einen Prozess verwickelt werden könnten. In der Regel sind das die Vertragsparteien des MV, auf die sich die Vereinbarung gegebenenfalls zu erstrecken hat.

§ 5 Aus- und Fortbildung des Mediators

Die korrekte und vollständige Überschrift, die der Gesetzgeber diesem Paragrafen vorangestellt hat lautet: "§ 5 Aus- und Fortbildung des Mediators; zertifizierter Mediator".

(§ 5 MediationsG Abs. 1)

Der Mediator stellt in eigener Verantwortung durch eine geeignete Ausbildung und eine regelmäßige Fortbildung sicher, dass er über theoretische Kenntnisse sowie praktische Erfahrungen verfügt, um die Parteien in sachkundiger Weise durch die Mediation führen zu können. Eine geeignete Ausbildung soll insbesondere vermitteln:

- 1. Kenntnisse über Grundlagen der Mediation sowie deren Ablauf und Rahmenbedingungen,**
- 2. Verhandlungs- und Kommunikationstechniken,**
- 3. Konfliktkompetenz,**
- 4. Kenntnisse über das Recht der Mediation sowie über die Rolle des Rechts in der Mediation sowie**
- 5. praktische Übungen, Rollenspiele und Supervision.**

[952] Die EU-RL gibt die "*sachkundige* Durchführung der Mediation" in Art 3 b als ein Tatbestandsmerkmal ausdrücklich vor. Im deutschen MediationsG hat die Sachkunde [956] nicht den Rang eines Definitionsmerkmals.

Sie wird stattdessen in § 5 vorausgesetzt. Diese Herangehensweise ist insofern konsequent, als die Sachkunde kaum ein geeignetes Unterscheidungskriterium für die Frage sein kann, ob im Einzelfall - bei gleicher Tätigkeit - eine Mediation vorliegt oder nicht. Ein Werkvertrag, den der Kunde mit der KFZ-Reparaturwerkstatt abschließt, bedingt sich ebenfalls nicht aus der Frage, ob der Monteur Sachkunde besitzt oder nicht. Die Sachkunde ist zu unterstellen. Der Kunde ist besser geschützt, wenn er die Verpflichtungen des Werkvertrages unabhängig von der Sachkunde des Unternehmers in Anspruch nehmen kann. Die Vorhaltung der Sachkunde muss deshalb ein Unternehmerrisiko bleiben. Der Kunde als Laie wäre kaum in der Lage, die erforderliche Sachkunde einzuschätzen.

[953] Der Wortlaut von § 5 Abs. 1 könnte so verstanden werden, dass der Gesetzgeber nicht die Sachkunde sondern Ausbildungsinhalte vorgibt und die Sachkunde gesetzlich vermutet, wenn der Mediator eine Ausbildung i.S.d. § 5 vorweisen kann. Diese Interpretation ist im Ergebnis aber abzulehnen. Für den nicht zertifizierten Mediator lässt sich – EU-konform – die gesetzliche Regelung als gesetzliche Verpflichtung für jeden Mediator verstehen, Sorge für eine ausreichende eigene Sachkunde zu tragen. Eine andere Auslegung würde auch zu unsinnigen Ergebnissen führen. Sollte etwa im Umkehrschluss ein Pflichtverstoß vorliegen oder die gesetzlich geforderte Sachkunde verneint werden, wenn der Mediator *keine* formelle Ausbildung nachweisen kann? Wenn dem so ist, dann fallen die Urväter der Mediation, die Mediationspioniere und die Mediatoren der ersten Stunde, alle durch das Raster. Sie werden kaum eine formelle, geordnete

Ausbildung vorweisen können. Trotzdem verfügen sie über ein Sachwissen, das meist weit über dem für zertifizierte Mediatoren verlangten Ausbildungsniveau liegt.

✍ Genieregelung vorsehen

[954] Die Begründung zum Entwurf des MediationsG führt aus, das Gesetz habe sich darauf beschränkt, eine (allgemeine) Aus- und Fortbildungsverpflichtung zu regeln⁷⁶¹. Die endgültige Fassung des § 5 geht darüber nun hinaus, indem sie die Inhalte einer „geeigneten Ausbildung“ festlegt und zusätzlich ein Zertifikat einführt. Wie sich der Mediator die Ausbildungsinhalte aneignet, bleibt ihm – sofern er sich als zertifizierter Mediator bezeichnen will – nicht überlassen. Für Mediatoren, die sich als zertifizierte Mediatoren bezeichnen wollen, ist durch §§ 5 und 6 MediationsG in Verbindung mit der ZMediatAusbV faktisch eine autodidaktische Ausbildung ausgeschlossen⁷⁶².

Wettbewerbskontrolle

[955] Solange es keine andere Regelung gibt, erfolgt die Überwachung dieser Vorschrift lediglich über die Wettbewerbskontrolle. Die rechtliche Handhabe der Wettbewerbskontrolle ist die Abmahnung⁷⁶³. Anwälte hatten schon vor langer Zeit damit begonnen, Mediatoren wegen unzulässiger Rechtsberatung abzumahnern⁷⁶⁴. Werden Mediatoren diese Übung jetzt für eine unzulässige Eigenschaftsbeschreibung fortsetzen? Dann müssen sie

⁷⁶¹ Begründung S. 17

⁷⁶² Begründung (ZMediatAusbV), S. 17; anders noch: Greger in Greger/Unberath Teil II § 5 Rdnr. 5

⁷⁶³ Tipps und Erläuterungen zur Abmahnung siehe: Beckmann

⁷⁶⁴ Lindow: 3/03 - Nr. 42

die Rechtsverletzung nachweisen können. Einen Anspruch zur Offenbarung der Ausbildung hat der Gesetzgeber in § 3 Abs. 5 lediglich den Parteien in die Hand gegeben. Danach können „die Parteien“ Auskunft über die Ausbildung verlangen. Mitbewerber haben einen wettbewerbsrechtlichen Auskunftsanspruch nur in den Fällen des § 19 MarkenG, § 101 UrhG, § 140 b PatG, § 46 GeschmMG und § 24 a GebrMG. Keine dieser Vorschriften wäre hier einschlägig. Einschlägig wäre die Generalklausel des § 3 UWG bzw. die irreführende Werbung des § 5 UWG. Eine Werbung ist irreführend, wenn sie geeignet ist, bei einem erheblichen Teil der umworbenen Verkehrskreise irrige Vorstellungen über das Angebot hervorzurufen und die zu treffende Marktentschließung in wettbewerblich relevanter Weise zu beeinflussen. Wer als Mediator eine Mediation anbietet, erweckt den Eindruck einer professionellen Mediationsausübung bei ungestellter Ausbildung und ausreichender Sachkunde [956]. Wer sich zertifizierter Mediator nennt, erweckt den Eindruck, dass er die Anforderungen erfüllt. Mitbewerber, rechtsfähige Verbände zur Förderung gewerblicher oder selbständiger beruflicher Interessen, dafür gelistete Einrichtungen sowie die IHKs bzw. HKs können den Anspruch auf Beseitigung und Unterlassung nach § 8 UWG geltend machen. Sie können einen unselbständigen Auskunftsanspruch gelten machen, der sich aus § 242 BGB herleitet.

Kernkompetenz

[956] Die vorausgesetzten theoretischen Kenntnisse und praktischen Erfahrungen sollen eine *sachkundige* Durch-

führung der Mediation ermöglichen. Soweit der Wortlaut des § 5 Abs. 1. Dabei fällt auf: sachkundig ist nicht fachkundig. Sachkunde beschreibt die Kenntnis auf einem Sachgebiet⁷⁶⁵. Um welches Sachgebiet es sich handelt, wird durch die Auflistung in § 5 spezifiziert. Die Konkretisierung sollte dem Anliegen des Bundesrates zur Qualifikation von Mediatoren entsprechen⁷⁶⁶. Der Bundesrat führt aus⁷⁶⁷: „Mediation ist ein komplexes Konfliktlösungsverfahren“. Wohl bemerkt: hier ist von einem Konfliktlösungsverfahren nicht von einem Konfliktbeilegungsverfahren die Rede. Die Konfliktlösung erfordert meist eine transformative Mediation [94]. Für die Konfliktbeilegung, also die bloße Problemlösung genügt eine facilitative Mediation [82]. Sie beendet den Konflikt, ohne ihn zu lösen. Der Bundesrat führt fort: „Deren Durchführung bedarf einer ebenso kompetenten wie intensiven Ausbildung“. Zuzugeben ist, sie bedarf der Sachkompetenz. Die Ausbildung mag diese implizieren. Dann wird fortgeführt: „Demgegenüber ist nicht ersichtlich, was dagegen spricht, die von den Verbänden und Kammern und auch von der vom Bundesministerium der Justiz eingesetzten Expertenkommission einhellig festgestellten Kernkompetenzen gesetzlich zu normieren“. Leider ist auch nicht ersichtlich was *dafür* spricht, diese Kompetenzen im Gesetz bzw. einer Verordnung festzuschreiben. Unklar ist auch, warum der Gesetzgeber hierfür eine Verantwortung übernimmt und dabei den Qualitätsstandard heruntersetzt um die Ausbildung der von Anwälten

⁷⁶⁵ Duden (Sachkunde)

⁷⁶⁶ Bundesratsdrucksache 60/11 (Beschluss), Seite 5

⁷⁶⁷ Bundesratsdrucksache 60/11 (Beschluss), Nummer 6 und 7

zu leistenden 120-stündigen Fachanwaltsausbildung anzupassen, obwohl die Verbände sich auf eine 200 Stunden basierende Ausbildung festgelegt hatten. Welche Inhalte die Kompetenz ausmachen, ergibt sich aus der ZMediatAusbV, die im Kapitel „Die Aus- und Fortbildungsverordnung“ [980] kommentiert ist.

Qualitätssicherung

[957] Wenn die Stellungnahme des BR ausführt, dass die Anforderungen an die Grundkenntnisse und Kernkompetenzen eines Mediators aus Gründen der *Qualitätssicherung* und der *Markttransparenz* präzisiert werden sollen, fragt es sich, inwieweit die gesetzliche Hervorhebung und Reduktion dessen, was ohnehin unter den Verbänden vereinbart wurde, wirklich eine Maßnahme der Qualitätssicherung sein kann? Noch mehr fragt es sich, wie die Qualität in der Mediation überhaupt definiert ist und wodurch sie sich auszeichnet. Zunächst macht sich die Qualität dadurch bemerkbar, dass der Mediator erkennt, was seine Dienstleistung wirklich bedeutet. Es genügt nicht, die Parteien zu moderieren und mechanisch durch ein Verfahren zu drängen. Es geht darum, bei den Parteien einen Denkprozess zu ermöglichen, wie er zuvor im Zusammenhang mit der Dienstverpflichtung des Mediators spezifiziert wurde [342]ff. Mit dieser Anforderung relativieren sich die Ausbildungsstandards und geben ihnen ein Ziel vor. Um die gewünschte Qualität zu liefern, ist es wichtig, dass der Mediator seine Grenzen erkennt. Das ist schwierig, wenn schon die verschiedenen Modelle der Mediation [77]ff. unbekannt sind und erst gar nicht als solche angeboten werden. Dann geschieht es häufig,

dass Mediatoren eine facilitative [82] oder gar eine evaluative Mediation [83] durchführen, obwohl eine transformative Mediation [94] die passende ist⁷⁶⁸. Die transformative Mediation arbeitet mit Emotionen, Beziehungen, Sichtweisen und Erkenntnissen. Sie ist der Therapie nahe. Es ist ein Terrain, auf das sich juristische Mediatoren nicht immer wagen. **Qualität bedeutet, sich zu den Grenzen zu bekennen und die Einschränkung offen zu legen, damit die Medianden gegebenenfalls die für sie passende Mediation auswählen können.** Qualität bedeutet, *Kompetenz* vorzuhalten und sicherzustellen. Kompetenz setzt sich aus Wissen, Können, Verstehen und Anwenden zusammen. Was muss der Mediator *wissen*, um Mediation zu beherrschen? Was muss er *können*, um sie anzuwenden? Was muss er verstanden haben?

[958] Ganz sicher ist die bloße Absolvierung von Ausbildungsstunden kein Indiz für Kompetenz. Die Stiftung Warentest hat immerhin 298 Ausbildungsinstitute ausfindig gemacht, wovon 145 in eine engere Wahl kamen aber nur 45 Institute als "qualifiziert" aufgelistet wur-

⁷⁶⁸ Vor Kurzem wurde dem Herausgeber von einer Mediation berichtet, wo es um die Mitarbeit des Sohnes im väterlichen Betrieb ging. Der Vater hatte dem Sohn aus fadenscheinigen Gründen fristlos gekündigt. Die Mediation drehte sich um die Abfindung, anlässlich der Kündigungsschutzklage des Sohnes. Der Sohn hatte sich im väterlichen Betrieb (wo er nur ein Angestellter war) profilieren wollen, Dabei ist der Vater - Sohn Konflikt ausgebrochen. Eine erfolgreiche Mediation muss diesen Konflikt angehen. Die Mediatorin hatte sich stattdessen auf die Abfindung, also die Sachkonflikt konzentriert. Die Mediation war gescheitert, der Vater ging in die Insolvenz. Die Beziehung Vater - Sohn war danach völlig zerstört.

den⁷⁶⁹. Bemerkenswert ist, dass selbst dort die Ausbildung zum zertifizierten Mediator mit nur 120 Stunden nicht in die engere Wahl genommen wurde. So viel zum Gütesiegel. Darüber hinaus wurden die Institute an formalen, nicht näher spezifizierten, überwiegend auf Inhalte bezogene Kriterien gemessen. Manche Kursangebote existierten sogar nur auf dem Papier und waren noch in der Planungsphase. Das passiert, wenn die Formalien wichtiger sind als die Inhalte und Ziele. Die formalen Kriterien suggerieren Qualität. Sie sagen aber nichts darüber aus, ob der auszubildende Mediator am Ende in der Lage sein wird, seine Dienstleistung [342]ff zu erfüllen. So führt der Bericht der Stiftung Warentest aus: "Wichtig für die Wahl der *richtigen* Qualifizierung zum Mediator sind der Schwerpunkt, die Orientierung an einem Verband, der Stundenumfang und der Praxisanteil, etwa die Zahl der zu behandelnden Mediationsfälle". Zugegeben, das sind Anhaltspunkte. Aber was besagen sie? Sie drücken keine Ausbildungsqualität aus. Die Stundenzahl ist abhängig von der Klassengröße, dem zugrunde liegenden didaktischen Konzept, den Ausbildungsbedingungen, wie Lernklima, Trainingsmaterial, Konsistenz und die verfügbaren Ressourcen zur Erfahrungsvermittlung⁷⁷⁰. Der Trainer muss ein mediatives Vorbild sein, seine Authentizität und seine Anwendungserfahrung sind neben dem vorzuhaltenden Wissen ein ausschlaggebendes Kriterium. Zweifellos sind auch praktische Fälle durchzuführen, dabei ist die Praxiserfahrung von ihrem Nachweis zu unterscheiden. Somit ist die Zahl der dokumentierten Fälle

⁷⁶⁹ Stiftung Warentest (145 Angebote)

⁷⁷⁰ Wikipediatio (Anforderungen)

nicht so wesentlich wie die Zahl der erprobten und geübten Fälle, also der durchgeführten Fälle. Die Bindung an Schwerpunkte ist fraglich. Wenn von dem versierten Mediator, wie hier angenommen, erwartet wird, dass er *alle* Varianten der Mediation beherrschen muss, könnte eine Schwerpunktbildung davon ablenken. Ziel der Ausbildung ist ein Transformationsprozess, der es dem zukünftigen Mediator erlaubt, die für die Mediation erforderliche Kompetenz für sich und mit seiner Kommunikationskompetenz in Einklang zu bringen. Die Kompetenz wird sich in einer zur Mediation passenden Haltung ausdrücken. **Die Haltung, verstanden als die innere Einstellung, also die Art und Weise des präzisen, klaren, vollständigen und vor allem wertfreien Denkens, ist der entscheidende Erfolgsfaktor in der Mediation.** Hinzu kommt die Fähigkeit der empathischen, reflektierenden Kommunikation. Die Fähigkeit des Verstehens und des Vermittelns von Verstehen bemisst sich ganz sicher nicht an statistischen Größen. Denken ist ein innerer Vorgang. Er drückt sich in einem Verhalten aus, das ein überzeugter Mediator nicht nur innerhalb der Mediation vorzuhalten weiß. Standards dienen der Reproduzierbarkeit und zur Vereinheitlichung. Aussagekräftiger als Standards ist die Festlegung eines Profils, an dem sich nicht nur der Mediator, sondern auch seine Kunden orientieren können [711].

[959] *Eidenmüller* warnt davor, dass die Zertifizierung den Qualitätslevel nicht nur nach „oben“, sondern auch nach „unten“ festschreibt⁷⁷¹. Sie weckt beim Konsumenten ein

⁷⁷¹ *Eidenmüller* (Mediationsgesetz)

ungerechtfertigtes Vertrauen und enthebt ihn von der Notwendigkeit, sich selbst zu informieren und die für ihn passende Auswahl zu treffen. Der Ordnungsgeber führt dagegen an, dass die Ausbilder nicht gehindert seien, eine vertiefte und umfangreichere Ausbildung anzubieten. Eine Nivellierung nach unten sei nicht zu erwarten, da sich an der Motivation für die Wahl einer besonders intensiven Ausbildung gegenüber dem jetzigen Stand nichts ändere⁷⁷². Die Begründung zur ZMediatAusV (Entwurf) bringt es auf den Punkt. Danach ist es das wesentliche Ziel der Rechtsverordnung, aus Gründen der Qualitätssicherung und der Markttransparenz Mindeststandards für die Ausbildung von zertifizierten Mediatoren festzulegen, die für das Führen der Bezeichnung „zertifizierter Mediator“ erfüllt sein müssen⁷⁷³. Mithin dienen die Richtlinien zur Qualitätssicherung ohne selbst (abschließende oder vollständige) Qualitätsmerkmale für eine Ausbildung zu sein.

[960] Die Zertifizierung bescheinigt eine *Mindestkompetenz*. Es soll ein staatliches Gütesiegel⁷⁷⁴ sein. Leider wurde übersehen, dass die Zertifizierung Maßstäbe in beide Richtungen setzt. Für die einen sind die 120 Stunden ein Ansporn zur Aufstockung ihrer Ausbildung. Für die Anderen ist es ein Signal dafür, dass eine weitergehende Ausbildung nicht nötig sei. Auch wurde übersehen, dass bei den genannten Ausbildungsinhalten bereits sichergestellt ist, dass ein zertifizierter Mediator gar nicht

⁷⁷² Begründung (ZMediatAusV), S. 12

⁷⁷³ Begründung (ZMediatAusV), S. 1

⁷⁷⁴ *Hacke* (Mediationsgesetz)

in der Lage sein kann, z.B. eine transformative Mediation durchzuführen [94][307].

[961] Es bestehen Zweifel, ob die Regulierung des Ausbildungsmarktes die gewünschte Nachfrage beim betroffenen Konsumenten herbeiführen kann⁷⁷⁵. *Eidenmüller* sieht den zertifizierten Mediator als das Produkt einer Mediationslobby, die weniger die Interessen der Nachfrager als vielmehr ihre eigenen am Verkauf von möglichst vielen Mediationsausbildungen im Auge hat. Er befürchtet eine Massenproduktion von beschäftigungslosen Mediatoren⁷⁷⁶. **Was das Gesetz erreicht hat ist ein Schutz der Bezeichnung als *zertifizierter Mediator*. So kann sich zukünftig nur nennen, wer eine Ausbildung mit den in der ZMediatAusbV vorgesehenen Inhalten nachweisen kann.**

Überwachung

[962] Nach § 5 stellt der Mediator in eigener Verantwortung durch eine geeignete Ausbildung und eine regelmäßige Fortbildung sicher, dass er über theoretische Kenntnisse sowie praktische Erfahrungen verfügt, um „die Parteien in sachkundiger Weise durch die Mediation führen zu können“ [709]. Die an und für sich gut zur Mediation passende Eigenverantwortung relativiert sich für Mediatoren, die sich als zertifizierte Mediatoren bezeichnen wollen, durch die Regulierungen des Gesetz- und Verordnungsgebers. Der Weg in die Qualitätssicherung soll über die Qualifikation der Ausbildungsinstitute er-

⁷⁷⁵ *Eidenmüller* (Mediationsgesetz), Seite 1

⁷⁷⁶ *Eidenmüller* (Mediationsgesetz), a.a.O.

folgen. Die Kontrolle erfolgt also mittelbar. Derzeit gibt es noch *keine* staatlich anerkannte Ausbildung. Wenn es den Verbänden und Kammern nicht gelingt, diese selbst zu organisieren, dann sieht sich der Gesetzgeber berufen, die Überwachung des „Gütesiegels“ selbst in die Hand zu nehmen⁷⁷⁷. Der Gesetzgeber erwartet von „... den *maßgeblichen* Mediatoren- und Berufsverbänden, den berufsständischen Kammern und den Industrie- und Handelskammern sowie anderen gesellschaftlichen Gruppen sich auf eine Stelle zur Zertifizierung der Ausbildungsträger zu einigen⁷⁷⁸. Leider hat der Gesetzgeber nicht gesagt, wer oder was ein „maßgeblicher Berufs- oder Mediatorenverband“ ist. Der Ordnungsgeber hat die Liste in seiner Kommentierung zu § 10 auf die „interessierten Mediatoren- und Berufsverbände, die berufsständischen Kammern und die Industrie- und Handelskammern sowie andere interessierte gesellschaftliche Gruppen“ ausgeweitet. Es besteht keine explizite Pflicht zur Teilnahme an solchen Verhandlungen. Die Frage lautet aber, was geschieht, wenn sich eine Stelle übergangen fühlt. Ist die Einigung dann schon aus dem formalen Grund als gescheitert anzusehen? Gewollt oder nicht, die Anforderung ist zu einem Prüfstein der Mediation geworden. Es wird sich zeigen müssen, ob sich die Mediation aus den Machtspielen der Funktionäre befreien kann. Bisher ist das jedenfalls nicht gelungen. Zweifellos sind alle Verbände anzusprechen, die eigene Standards und Konzepte zur Mediation entwickelt haben. Nur so kann sichergestellt werden, dass alle zur Ausbildung beitragenden As-

⁷⁷⁷ Drucksache 17/8058 S. 20

⁷⁷⁸ Drucksache 17/8058 S. 20

pekte bei der Zertifizierung berücksichtigt werden. Eine nicht zuletzt von den Rechtsschutzversicherungen angestoßene und von nunmehr 5 Verbänden⁷⁷⁹ ins Leben gerufene „Gemeinsame Prüfstelle Zertifizierter Mediator“ (GPZM) will sich dieser Herausforderung stellen. Die selbsternannte Kommission entscheidet selektiv wer an den Gesprächen teilnimmt. Weil die Initiatoren als Mitbewerber gesehen werden, gibt es aktuell keine als unvoreingenommen wahrgenommene, neutrale Instanz, die diesen Prozess steuern kann.

(§ 5 MediationsG Abs. 2)

Als zertifizierter Mediator darf sich bezeichnen, wer eine Ausbildung zum Mediator abgeschlossen hat, die den Anforderungen der Rechtsverordnung nach § 6 entspricht.

[963] Das Gesetz besagt in § 5 Abs. 2, wer sich *zertifizierter* Mediator nennen darf. Ohne zu definieren, was ein zertifizierter Mediator ist. § 5 gibt zwar eine Legitimation, aber keine Definition vor. Auch zusammen mit der ZMediatAusbV bleibt der Begriff des zertifizierten Mediators unbestimmt.

Der zertifizierte Mediator

[964] Der zertifizierte Mediator [566] grenzt sich vom Mediator [565], vom Mediator mit Ausbildungszertifikat [567] und vom Fachmediator [568] ab. Was aber ist er genau? Ist er wirklich nur jemand, der eine Ausbildung

⁷⁷⁹ BM, BAFM, BMAW, DFfM, DGM. Eine Liste der Verbände finden Sie hier: [Wikipediaion \(Mediationsverbände\)](#)

absolviert hat? Auf den ersten Blick sieht es so aus. Zunächst ist herauszustellen, **dass das MediationsG, anders als beispielsweise in Österreich, keine Rechtsfolgen zwischen dem zertifizierten (in Österreich wäre das der eingetragene) Mediator und dem Mediator im Übrigen unterscheidet.** Das deutsche MediationsG gilt somit für jeden Mediator i.S. dieses Gesetzes und auch anders als in Österreich nicht nur für Zivilsachen⁷⁸⁰. Hier kann sich grundsätzlich jeder als Mediator bezeichnen, der eine irgendwie geartete Ausbildung absolviert hat. Das einzige Unterscheidungsmerkmal zwischen einem zertifizierten und einem nicht-zertifizierten Mediator ist der Umstand, dass die Zertifizierung ein vorgegebenes Mindestmaß an Ausbildung nachweist [963]. Der Schutz des Titels soll über das Wettbewerbsrecht herbeigeführt werden.

[965] Dann ist herauszustellen, **dass die Zertifizierung kein verliehener Titel ist.** Im aktuellen Verständnis ist sie die Beschreibung eines definierten (Ausbildungs- und später auch Fortbildungs-) Zustandes. Dem Verordnungsgeber kommt es offenbar darauf an, dass der zertifizierte Mediator mehr darstellt und nach außen als professionell wahrgenommen wird. Hierfür spricht seine über die Verordnungsermächtigung hinausgehende Initiative [989], die *Verwendung der Bezeichnung* „zertifizierter Mediator“ an einen Praxisnachweis zu koppeln. Sie mag den Mediator zur Durchführung von Mediationen verpflichten, wenn er sich weiterhin als zertifizierter Mediator bezeichnen will. Dass der zertifizierte Mediator

⁷⁸⁰ §§ 15 ff. Österreichisches Zivilrechts-Mediations-Gesetz

auf diese Weise synonym zum praktizierenden Mediator bzw. Berufsmediator verstanden wird und dass der Verordnungsgeber durchaus auch einen Blick über die Qualifizierung der Ausbildung hinaus versucht, eine Berufsqualifizierung festzulegen, kann aus den Formulierungsvorschlägen im Entwurf zur ZMediatAusV ebenso gefolgert werden wie aus der Hervorhebung des Verfahrens-begriffs⁷⁸¹. Dort wird die bereits als Verfahren definierte Mediation insgesamt in 9 Fällen explizit nochmals als Verfahren bezeichnet⁷⁸². Wenn der Verordnungsgeber den Verfahrens-begriff durch Reduplikation so exponiert, kann das nur bedeuten, dass ein Güterichter trotz all seiner Erfahrung *keine* Mediationsverfahren nachzuweisen vermag, weil er die Mediation methodisch im Güterichterverfahren anwendet, was *kein* Mediationsverfahren i.S.d. Definition des § 1 ist. Wenn dem so ist, geht es wieder um eine formale Sicht. Systematisch betrachtet, kommt sie der Mediation entgegen. Sie würde Unsicherheiten bei der Frage der Anwendbarkeit des MediationsG bereinigen, wenn es an die professionelle Ausübung geknüpft wird, die nicht nur durch den Ausbildungszustand, sondern auch durch die berufliche Praxis [757] nachgewiesen wird, die sich eindeutiger an die Verwendung des Begriffs zertifizierter Mediator als Synonym für Berufsmediator anknüpfen lässt.

✍ Zert. Mediator als Berufsmediator definieren

⁷⁸¹ Begründung (ZMediatAusV)

⁷⁸² Begründung (ZMediatAusV) S. 4; dort heißt es: „Der zertifizierte Mediator hat regelmäßig Mediationsverfahren durchzuführen“

(§ 5 MediationsG Abs. 3)

Der zertifizierte Mediator hat sich entsprechend den Anforderungen der Rechtsverordnung nach § 6 fortzubilden.

Mit der Fortbildung sind Ergänzungs- und Auffrischkurse gemeint.

§ 6 Verordnungsermächtigung

(§ 6 MediationsG)

Das Bundesministerium der Justiz wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates nähere Bestimmungen über die Ausbildung zum zertifizierten Mediator und über die Fortbildung des zertifizierten Mediators sowie Anforderungen an Aus- und Fortbildungseinrichtungen zu erlassen. In der Rechtsverordnung nach Satz 1 können insbesondere festgelegt werden:

- 1. nähere Bestimmungen über die Inhalte der Ausbildung, wobei eine Ausbildung zum zertifizierten Mediator die in § 5 Absatz 1 Satz 2 aufgeführten Ausbildungsinhalte zu vermitteln hat, und über die erforderliche Praxiserfahrung;**
- 2. nähere Bestimmungen über die Inhalte der Fortbildung;**
- 3. Mindeststundenzahlen für die Aus- und Fortbildung;**
- 4. zeitliche Abstände, in denen eine Fortbildung zu erfolgen hat;**

- 5. Anforderungen an die in den Aus- und Fortbildungseinrichtungen eingesetzten Lehrkräfte;**
- 6. Bestimmungen darüber, dass und in welcher Weise eine Aus- und Fortbildungseinrichtung die Teilnahme an einer Aus- und Fortbildungsveranstaltung zu zertifizieren hat;**
- 7. Regelungen über den Abschluss der Ausbildung;**
- 8. Übergangsbestimmungen für Personen, die bereits vor Inkrafttreten dieses Gesetzes als Mediatoren tätig sind.**

[966] Die Einführung des zertifizierten Mediators ist eine Neuerung gegenüber dem ursprünglichen Gesetzesentwurf. Sie ist politisch motiviert und führte bereits zu einigen Irritationen auf dem Markt⁷⁸³. Wichtig erscheint, dass der Gesetzgeber das BMJ ausschließlich zur Regelung der Aus- und Fortbildung ermächtigt hat. Nähere Ausführungen zur ZMediatAusbV finden Sie im Kapitel „Die Aus- und Fortbildungsverordnung“ [980].

Zertifizierungsverfahren

[967] Regelungen über ein Zertifizierungsverfahren sucht man im Gesetz vergeblich. Der Rechtsausschuss nennt in der Begründung seiner Beschussempfehlung als Grund

⁷⁸³ Der Herausgeber musste in nicht repräsentativen Gesprächen zu seinem Erstaunen feststellen, dass sogar Mediatoren, die eine Masterausbildung mit mehr als 1350 Stunden absolviert haben sich über die Frage Gedanken machen, ob sie sich nun zertifizierter Mediator nennen dürfen. Umgekehrt nehmen Ausbildungsinstitute für sich in Anspruch, die Voraussetzungen für den zertifizierten Mediator zu erfüllen, während sie anderen Instituten diese Eigenschaft streitig machen.

hierfür und für einen "Übergangszeitraum von einem Jahr nach Erlass der Rechtsverordnung", dass dies „den *maßgeblichen* Mediatoren- und Berufsverbänden, den berufsständischen Kammern und den Industrie- und Handelskammern sowie anderen gesellschaftlichen Gruppen im Interesse einer Vergleichbarkeit der Ausbildungen und einer Qualitätssicherung die Möglichkeit, sich auf freiwilliger Basis auf eine einheitliche Vorgehensweise zu verständigen, die die Zertifizierung von Ausbildungsinstituten, die dann die Ausbildung zum zertifizierten Mediator durchführen und die entsprechenden Zertifikate für die Teilnehmer ausstellen, durch eine *privatrechtlich organisierte Stelle* ermöglicht"⁷⁸⁴. Mithin ist klargestellt, dass die Ausbildungsinstitute einer Akkreditierung bedürfen. Fraglich ist, was maßgebliche Verbände sind. Hierfür gibt es lediglich Selbstsichten und keine abgestimmte Formel. Der Streit ist vorprogrammiert, weil die Beteiligung an der Festlegung einer dann für die ganze Industrie verbindlichen Vorgehensweise und an der Bestimmung und dem Betrieb der Zertifizierungsstelle für die Zertifizierung der Ausbildungsinstitute eine Schlüsselposition ist, um eigene Vorstellungen zum gesetzlichen Standard zu erheben und die von Mitbewerbern ggf. auszuschließen.

✍ Maßgeblichkeit definieren

[968] Derzeit ist weder eine zentrale *privatrechtlich organisierte Stelle* errichtet noch, was nach dem Gesetzeswortlaut und auch dem Wortlaut der ohnehin nicht bindenden Begründung der Beschlussempfehlung des

⁷⁸⁴ BT Drucks. 17/8058, 18

Rechtsausschusses⁷⁸⁵ ebenfalls möglich erscheint, einem einheitlichen Verfahren ggf. für eine dezentrale Zertifizierung von Ausbildungsinstituten. Für diese Variante steht das Beispiel der technischen Überwachungsvereine für Automobile, wo die DEKRA neben dem TÜV Prüfungen vornehmen kann. Es wird sich zeigen, wie einigungsfähig die Mediationsindustrie ist, deren Inhalt ja die Vermittlung von Verstehen und die Berücksichtigung aller beteiligten Interessen ist. Fest steht, dass sich bis zum Erlass der ZMediatAusbV niemand als "zertifizierter Mediator" bezeichnen darf und niemand akkreditiert wurde, um Zertifizierungen i.S.d. Gesetzes auszustellen⁷⁸⁶.

[969] Bemerkenswert ist, dass es sich der Gesetzgeber vorbehält, die Zertifizierung selbst durch eine staatliche Stelle durchzuführen, wenn es nicht zu einer Einigung über das Zertifizierungsverfahren für Ausbildungsinstitute kommt. Die Frage ist, wer beurteilt, ob und wann diese Voraussetzung erfüllt ist? Mangels einer Regelung ist dies nur denkbar, wenn *alle*, die *sich* berufen fühlen, zustimmen. Maßgeblich sind zweifellos die Standard gebenden Verbände. Sie wurden (zumindest teilweise) in dem Bericht der Stiftung Warentest aufgeführt⁷⁸⁷. Die Einrichtung einer privaten Zertifizierungsstelle oder eines Systems solcher Zertifizierungsstellen wird nur gelingen, wenn *alle* Verbände, Kammern und Institutionen

⁷⁸⁵ Gemeint ist die Formulierung: „Einigung auf ... eine Stelle für die Zertifizierung“

⁷⁸⁶ Im Zeitpunkt des Redaktionsschlusses waren weder die RVO noch die private Zertifizierungsstelle in Kraft. Verfolgen Sie den weiteren Verlauf der Regulierung deshalb bitte auf Wikipediati-on (ZMediatAusbV)

⁷⁸⁷ Stiftung Warentest (145 Angebote)

in den Prozess eingebunden werden und die Zertifizierungsanforderungen im Konsens erstellt werden. Andernfalls würden Mitbewerber ihre Konkurrenten bewerten und ausgrenzen können. Es empfiehlt sich, diesen Prozess mediativ zu gestalten. Der Gesetzgeber hat der Mediation eine Chance gegeben, sieht sich selbst aber offenbar nicht als Mediator des Prozesses ihrer Einführung.

[970] Bemerkenswert ist auch, dass der Gesetzgeber die Errichtung einer privaten Zertifizierungsstelle der mittelbaren staatlichen Kontrolle unterworfen hat. Er behält sich das letzte Wort vor und sieht das öffentliche Interesse wohl als groß genug an, den Prozess zu überwachen. **Damit ist die Politik in die Pflicht genommen.** Im Ergebnis ist die Implementierung der Mediation ein semi-privates Phänomen. Obwohl noch der Code of Conduct⁷⁸⁸ von der besser in das Bild der Mediation passenden Selbstverpflichtung ausgeht, erwartet der Staat nunmehr eine unter hoheitlichem Vorbehalt stehende private Initiative. Es wäre ein Novum in der Berufspolitik, wo die Berufsvertretungen bisher stets befähigt oder beliehen wurden, berufliche Belange eigenverantwortlich zu regeln. Hier besteht die Besonderheit, dass es eine Berufsvertretung nicht gibt und möglicherweise niemals geben wird, solange sich die Mediation in einem Teilhabermarkt verliert.

⁷⁸⁸ Wikipediation (Code of Conduct)

§ 7 Wissenschaftliche Forschungsvorhaben

Die korrekte und vollständige Überschrift, die der Gesetzgeber diesem Paragrafen vorangestellt hat lautet: §7 Wissenschaftliche Forschungsvorhaben; finanzielle Förderung der Mediation.

(§ 7 MediationsG Abs. 1)

Bund und Länder können wissenschaftliche Forschungsvorhaben vereinbaren, um die Folgen einer finanziellen Förderung der Mediation für die Länder zu ermitteln.

[971] Entsprechend der Begründung zum Gesetzesentwurf sollen Forschungsvorhaben Auskunft darüber geben, inwieweit die finanziellen Belastungen der Länder bei einer VKH für Mediation reduziert werden können⁷⁸⁹. Es geht darum, eine wissenschaftliche Grundlage zu erarbeiten, ob und gegebenenfalls wie eine finanzielle Förderung der Mediation in Deutschland eingeführt wird. Die Vorschrift soll eine Rechtsgrundlage für wissenschaftliche Forschungsvorhaben außerhalb von Hochschulen schaffen, um die Auswirkungen der finanziellen Förderung der außergerichtlichen und der gerichtsnahen Mediation zu untersuchen⁷⁹⁰. Die Ausführungen zu den durch die Mediation verursachten Marktveränderungen und die damit zusammenhängenden ökonomischen und fiskalischen Konsequenzen lassen sich nur dann feststellen, wenn die Forschung ein Mengengerüst im Blick hat,

⁷⁸⁹ Begründung Seite 28

⁷⁹⁰ Begründung Seite 29

das auch die Verschiebung der Nachfrage berücksichtigt [582].

(§ 7 MediationsG Abs. 2)

Die Förderung kann im Rahmen der Forschungsvorhaben auf Antrag einer rechtsuchenden Person bewilligt werden, wenn diese nach ihren persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen die Kosten einer Mediation nicht, nur zum Teil oder nur in Raten aufbringen kann und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht mutwillig erscheint. Über den Antrag entscheidet das für das Verfahren zuständige Gericht, sofern an diesem Gericht ein Forschungsvorhaben durchgeführt wird. Die Entscheidung ist unanfechtbar. Die Einzelheiten regeln die nach Absatz 1 zustande gekommenen Vereinbarungen zwischen Bund und Ländern.

[972] Europaweit betrachtet, sind es nur noch Deutschland, Polen, Lettland, Österreich, die Schweiz und Lichtenstein, die keine Kostenunterstützung bei der Mediation vorsehen⁷⁹¹. Deutschland will sich die Entscheidung für oder gegen die Mediationskostenhilfe noch vorbehalten. Die hier getroffene Regelung erlaubt deshalb die Bewilligung von Mediationskostenhilfe zunächst innerhalb eines Forschungsvorhabens. Der Gesetzgeber hat die ursprüngliche Beschränkung auf Familiensachen aufgehoben und die Bewilligung von Mediationskostenhilfe

⁷⁹¹ cepej, European juridical systems, Edition 2012, Council of Europe publishing, Efficiency and quality of justice, Seite 14

auf alle Verfahren ausgeweitet⁷⁹². Dabei entspricht die Prüfung der Einkommens- und Vermögensverhältnisse dem § 114 Satz 1 ZPO. Anders als dort soll es aber nicht auf die Prüfung einer hinreichenden Erfolgsaussicht der beabsichtigten Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung ankommen. Der Gesetzgeber würdigt auf diese Weise, dass rechtliche Aspekte und damit die Erfolgsaussicht des oder der Rechtssuchenden in der Mediation nur eine untergeordnete Rolle spielen⁷⁹³. Den rechtlichen Bezug stellt die Vorschrift dennoch her. Sie will die Bewilligung zu versagen, wenn die beabsichtigte *Rechtsverfolgung* oder *Rechtsverteidigung* mutwillig erscheint.

Mediationskostenerstattung

[973] Einige Verbände haben in einer gemeinsamen Resolution den Gesetzgeber aufgefordert, „unverzüglich die Voraussetzung für die Bewilligung von Mediationskostenhilfe (MKH) zu schaffen“⁷⁹⁴. Eine Umsetzung dieser Forderung kann zu ungewollten Limitierungen führen. Sie könnten mit dem Wesen der Mediation kollidieren, wenn dadurch Kontrolle und Zwang erweitert werden. Die Mediationskostenhilfe kann im Übrigen nicht für alle denkbaren Mediationen erfolgen. Mit ihrer Einführung muss der Gesetzgeber deshalb die Mediationsfälle benennen, für die MKH geleistet wird. Begünstigt wären sicherlich die Fälle der forensischen Mediation [117]. Die Formulierung in § 7 belegt bereits die Einschränkung, wenn die MKH nur gewährt werden kann, falls die beab-

⁷⁹² Drucksache 17/8058, Seite 20

⁷⁹³ Begründung Seite 29

⁷⁹⁴ Ludwigburger Erklärung zur Mediationskostenhilfe

sichtigte *Rechtsverfolgung* oder *Rechtsverteidigung* nicht mutwillig erscheint. Die Mediation ist in erster Linie eine Konfliktklärung. Eine *Rechtsverfolgung* ist nicht ihr primärer Zweck [234]. Sie ist eine mögliche Konsequenz und nicht viel mehr, als ein Nebeneffekt. Die Mediation ist nicht minder bedeutend und erfolgreich zur Beilegung von Konflikten, die selbst im Streitfall niemals an ein Gericht herangetragen würden. Zu denken ist an eine Mediation zur Frage, ob sich ein Paar trennen soll oder nicht, oder bei innerbetrieblichen Mediationen. Würden diese Fälle in die Mediationskostenhilfe einbezogen sein, dann könnte die Mediationskostenhilfe uferlos ausgeweitet werden. Es ist deshalb zu erwarten und auch notwendig, dass bei der gesetzlichen Einführung der Mediationskostenhilfe die Mediation entweder noch weiter eingeschränkt oder aufgespalten wird. Darüber hinaus werden zusätzliche Abgrenzungskriterien festzulegen sein, um diejenigen Verfahren von der MKH auszuschließen, die zwar mediationsähnlich aber nicht wirklich eine Mediation sind. Dieser Gedanke geht mit einer professionellen Festschreibung und Anknüpfung einher. Nicht unproblematisch ist auch der Umstand, dass zur Prüfung der Mutwilligkeit ein wenigstens rudimentärer Sachvortrag erforderlich ist. Das Gericht erhält also außerhalb der Mediation Kenntnis vom Fall.

[974] Es müssten weitere Regeln eingeführt werden, damit diese Kosten nicht ausufern. Unter Umständen werden Kostenvereinbarungen verhindert, weil die Parteien anderenfalls Vereinbarungen zu Lasten der Staatskasse treffen könnten. Wie geht die MKH damit um, wenn einer der Medianden reich genug ist, die Kosten der Mediation

insgesamt zu tragen? Das Gericht wird verlangen, die Kosten vorrangig auf andere Weise beizutreiben. Wenn die Medianden Eheleute sind, könnten die Kosten als Prozesskostenvorschuss im Rahmen des unterhaltsrechtlichen Sonderbedarfs geltend zu machen sein. Werden die Parteien jetzt in einen Prozess getrieben, statt ihn zu vermeiden? Weitere Einschränkungen für die Mediation ergeben sich aus der Notwendigkeit, der Festlegung erstattungsfähiger Mediatorenhonorare. Sie wird voraussichtlich nach dem Vorbild der "Armenanwaltsgebühren" erfolgen. Ob die MKH ein ökonomisch tragfähiges Konzept ist, das dem Staat unter dem Strich Kosten einspart, bedarf der Untersuchung. Die Medianden sollten beachten, dass die MKH *keine* Finanzierung darstellt. Sie wäre - wie die VKH - nur ein Darlehen, dessen Rückzahlung von Amts wegen überwacht wird. Die Bewilligung der Mittel kann nach § 120 Abs. 4 ZPO bis zu vier Jahre nach Beendigung des Verfahrens noch geändert werden.

Mediationskosten in der VKH

[975] Die Meinungen, ob die bestehende Prozess- oder Verfahrenskostenhilfe die Kosten einer Mediation wenigstens dann umfasst, wenn die Mediation der Partei im Rahmen der gerichtsnahen Mediation vom Gericht nahegelegt wird, sind umstritten. Der Senat des OLG Köln für Familiensachen hat sich inzwischen *für* die Erfassung der Mediationskosten in der Verfahrenskostenhilfe ausgesprochen, wenn das Gericht eine Mediation selbst vorschlägt und das Verfahren aussetzt, terminlos stellt oder

zum Ruhen bringt⁷⁹⁵. Die Entscheidung steht im Widerspruch zu dem im Jahre 2006 erlassenen Beschluss des OLG Dresden⁷⁹⁶.

[976] In Rechtsprechung und Literatur ist seit längerem streitig, ob zu den Kosten der Prozessführung i.S. v. § 114 Abs. 1 ZPO auch die Kosten einer Mediation gehören⁷⁹⁷. Die Befürworter argumentieren, dass Mediationskosten zu erstatten seien, wenn das Gericht von Amts wegen im Rahmen seiner Amtsermittlungspflicht und im Rahmen des § 52 FGG von der Mediation als Mittel der Streitbeilegung Gebrauch gemacht habe. Andere weisen darauf hin, dass das Mediationsverfahren bei der gerichtsnahen oder der gerichtsweglichen Mediation zum Bestandteil des gerichtlichen Verfahrens werde⁷⁹⁸. Auch die Literatur ist sich uneinig⁷⁹⁹. Das OLG Köln argumentiert, die Kosten

⁷⁹⁵ OLG Köln, 3.6.2011, II-25 UF 24/10, 25 UF 24/10

⁷⁹⁶ OLG Dresden 9.10.2006, 20 WF 0739/06, 20 WF 739/06

⁷⁹⁷ *Nickel* MDR 2010, 1227, 1231.

Hinweis: Der Beschluss des OLG Köln vom 3.6.2011 II-25 UF 24/10, 25 UF 24/10 enthält eine gute und vollständige Übersicht über die Meinungen der Rechtsprechung und Literatur.

⁷⁹⁸ KG NJW 2009, 2754, OLG Celle NJW 2009, 1219, OLG Rostock JurBüro 2007, 194

⁷⁹⁹ Zum Meinungsstand:

Ablehnend: *Roth* JZ 2009, 805; *Kalthoener/Büttner/Wrobel-Sachs*, Prozess- und Verfahrenskostenhilfe, Beratungshilfe, 5. Aufl. 2010, Rn. 10; *Thomas/Putzo/Hüßtege*, ZPO, 31. Aufl. § 135 FamFG Rn 7; *Prütting/Helms/Helms*, FamFG, 2009, § 135 Rn 5; *Musielak/Borth*, Familiengerichtliches Verfahren, 2. Aufl. 2011, § 135 Rn 3

Befürwortend: *Koch* ZKM 2007, 71; *Spangenberg* FamRZ 2009, 834; *Fölsch*, Das neue FamFG in Familiensachen, 2. Aufl. 2009, § 3 Rn 57; *Kalthoener/Büttner/Wrobel-Sachs*, Prozess- und Verfahrenskostenhilfe, Beratungshilfe, 5. Aufl. 2010, Rn. 627 im Falle einer vom Gericht angeregten Mediation; *Baumbach/Lauterbach* (ZPO), § 135 FamFG, Rn 6

der Mediation seien i.R.d. VKH zu berücksichtigen, weil die Teilnahme an einem kostenlosen Informationsgespräch über die Mediation für Scheidungs- und Folgesachen nach § 135 Abs. 1 FamFG gerichtlich angeordnet werden könne und weil gem. § 150 Abs. 4 FamFG einem Beteiligten sogar die Kostenauflegung kann, wenn er dem Gespräch ferngeblieben war. Für Kindschaftssachen finden sich entsprechende Regelungen in § 156 Abs. 1 und § 81 Abs. 2 Nr. 5 FamFG. Wenn, so argumentiert das Gericht, eine einverständliche Lösung grundsätzlich vorzuziehen ist, dann muss aus verfassungsrechtlichen Gründen eine solche Möglichkeit der Konfliktlösung ohne streitige Entscheidung eines Gerichtes allen Parteien offen stehen. Um die Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung eines Unbemittelten nicht unverhältnismäßig zu erschweren⁸⁰⁰, sind diesem gem. Art. 3 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 und 3 GG im Interesse der Rechtsschutzgleichheit die Kosten der Mediation zu erstatten. Wörtlich führt der Beschluss aus: „Es macht zudem keinen Sinn, den Beteiligten gem. §§ 135, 156 FamFG auf eine Mediation hinzuweisen und diese vorzuschlagen, gar anzuordnen, dass die Ehegatten einzeln oder gemeinsam an einem kostenfreien Informationsgespräch über Mediation oder eine sonstige Möglichkeit der außergerichtlichen Streitbeilegung anhängiger Folgesachen bei einer von dem Gericht benannten Person oder Stelle teilnehmen und eine Bestätigung hierüber vorlegen, damit Unbemittelte dann erkennen müssen,

⁸⁰⁰ std. Rspr. des BVerfG, vgl. BVerfGE 9, 124, 130 f.; zuletzt noch BVerfG, Beschl. v. 09.11.2010 – 1 BvR 787/10 und BVerfG, Beschl. v. 22.02.2011 – 1 BvR 409/09 = EuGRZ 2011, 177

dass die Mediation im konkreten Fall ggfs. zwar den besten Weg der Konfliktbeseitigung darstellt, sie ihn aber nicht beschreiten können, weil die Kosten von ihnen selbst getragen werden müssten, wozu sie aufgrund ihrer finanziellen Situation nicht in der Lage sind.“ Hinzuweisen ist darauf, dass die Argumentation des OLG Köln nur in Familiensachen greift.

Rechtsschutzversicherung

[977] Eine Studie ⁸⁰¹ über das Leistungsangebot der Rechtsschutzversicherer besagt: "Laut einer Pressemitteilung des GDV aus dem April 2011 boten bereits zu diesem Zeitpunkt (immerhin ein Jahr vor der Verabschiedung des Mediationsgesetzes) gemessen an den Marktanteilen 75 % der Rechtsschutzversicherungen auch Mediationsverfahren an. Anfang 2013 ist die Quote auf knapp 85 % gestiegen, es gibt aber immer noch Anbieter, die sich zum Teil auch ausschließlich als Rechtsschutzversicherer positionieren, die Mediation nicht abdecken". Tatsächlich gestaltet sich die jeweilige Kostendeckungszusage der Rechtsschutzversicherungen noch recht unterschiedlich. Es gibt eine Bandbreite von Kostendeckungen, die von 0 € über 1.500 € bzw. 3.000 € bis hin zu 300.000 € je Mediation bzw. Rechtsschutzfall⁸⁰².

⁸⁰¹ Mediation und Rechtsschutz - eine Studie, Herausgeber: "Die Mediation GmbH fairmitteln&fairfinden", 2013, <http://www.mediation.de/rechtsschutz>, abgelesen am 10.3.2013

⁸⁰² Sowohl die Übersicht wie auch der Link zur Studie sind hier zu finden: <http://www.mediation.de/rechtsschutz>, abgelesen am 10.3.2013

Beratungshilfe

[978] „Arme“ Parteien haben die Möglichkeit Beratungshilfe in Anspruch zu nehmen. Das Beratungshilfegesetz gewährt „Hilfe für die Wahrnehmung von Rechten außerhalb eines gerichtlichen Verfahrens und im obligatorischen Güteverfahren nach § 15a des Gesetzes betreffend die Einführung der Zivilprozessordnung“ (§ 1 BerHG). Gem. § 2 BerHG besteht die Beratungshilfe aus Beratung und - soweit erforderlich - Vertretung. Ein Rechtsanwalt, der zur Beratungshilfe angegangen wird, kann aufgrund des Beratungshilfescheines keine Mediation abrechnen.

☞ Beratungshilfe soll Mediation ermöglichen

(§ 7 MediationsG Abs. 3)

Die Bundesregierung unterrichtet den Deutschen Bundestag nach Abschluss der wissenschaftlichen Forschungsvorhaben über die gesammelten Erfahrungen und die gewonnenen Erkenntnisse.

§ 8 Evaluierung

(§ 8 MediationsG Abs. 1)

Die Bundesregierung berichtet dem Deutschen Bundestag bis zum ... [Angabe des Tages und des Monats des Inkrafttretens dieses Gesetzes sowie die Jahreszahl des fünften auf das Inkrafttreten folgenden Jahres] auch unter Berücksichtigung der kostenrechtlichen Länderöffnungsklauseln über die Auswirkungen dieses Gesetzes auf die

Entwicklung der Mediation in Deutschland und über die Situation der Aus- und Fortbildung der Mediatoren. In dem Bericht ist insbesondere zu untersuchen und zu bewerten, ob aus Gründen der Qualitätssicherung und des Verbraucherschutzes weitere gesetzgeberische Maßnahmen auf dem Gebiet der Aus- und Fortbildung von Mediatoren notwendig sind.

(§ 8 MediationsG Abs. 2)

Sofern sich aus dem Bericht die Notwendigkeit gesetzgeberischer Maßnahmen ergibt, soll die Bundesregierung diese vorschlagen.

Die Bundesregierung wird verpflichtet, die Auswirkungen des Gesetzes auf die Entwicklung der Mediation in Deutschland und im Hinblick auf die Aus- und Fortbildung von Mediatoren zu evaluieren und dem Deutschen Bundestag Bericht zu erstatten. Zu evaluieren ist die Verbreitung und Akzeptanz der Mediation in den unterschiedlichen Lebensbereichen sowie die *Erforderlichkeit* einer finanziellen Förderung der Mediation und die Auswirkungen auf die Vermeidung oder einvernehmliche Beendigung justizieller Verfahren⁸⁰³. Die Evaluierung zur Aus- und Fortbildung soll erweisen, ob aus Gründen der Qualitätssicherung und des Verbraucherschutzes eine intensivere staatliche Überprüfung der Qualifikation von Mediatoren und Ausbildern erforderlich sein wird⁸⁰⁴.

⁸⁰³ Drucksache 17/8058 Seite 20

⁸⁰⁴ Drucksache 17/8058 Seite 20

§ 9 Übergangsbestimmung

(§ 9 MediationsG Abs. 1)

Die gerichtsinterne Mediation in Zivilsachen durch einen nicht entscheidungsbefugten Richter während eines Gerichtsverfahrens, die vor dem ... [Datum des Tages des Inkrafttretens dieses Gesetzes nach Artikel 12] an einem Gericht angeboten wird, kann unter Fortführung der bisher verwendeten Bezeichnung (gerichtlicher Mediator) bis zum ... [Datum des ersten Tages des 13. auf die Verkündung folgenden Kalendermonats] weiterhin durchgeführt werden.

[979] Die bestehenden Angebote gerichtsinthener Mediation können noch für einen Übergangszeitraum von bis zu einem Jahr nach dem Inkrafttreten des Gesetzes fortgeführt werden. Es können also auch nach dem Inkrafttreten des Gesetzes bis zum Ablauf des Übergangszeitraums neue gerichtsinterne Mediationsverfahren eingeleitet und durchgeführt werden⁸⁰⁵.

(§ 9 MediationsG Abs. 2)

Absatz 1 gilt entsprechend für die Mediation in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, der Sozialgerichtsbarkeit, der Finanzgerichtsbarkeit und der Arbeitsgerichtsbarkeit.

⁸⁰⁵ Drucksache 17/8058 Seite 20

III

Die Aus- und Fortbildungsverordnung

[980] Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz kann auf Grund des § 6 MediationsG vom 21. Juli 2012 (BGBl. I S. 1577) in Verbindung mit § 1 Abs. 2 des Zuständigkeitsanpassungsgesetzes vom 16. August 2002 (BGBl. I S. 3165) und dem Organisationserlass vom 17. Dezember 2013 (BGBl. I. S. 4310) die Zertifizierte-Mediatoren-Ausbildungs-Verordnung (ZMediatAusbV) erlassen.

Der Bearbeitungsstand

[981] Die Rechtsverordnung liegt aktuell im Entwurf vor. Die Verbände und Kammern wurden zur Stellungnahme der ZMediatAusbV-E aufgefordert. Zum Zeitpunkt des Redaktionsschlusses⁸⁰⁶ war die Rechtsverordnung noch nicht erlassen. Gravierende Änderungen zum nunmehr vorliegenden Entwurf werden jedoch nicht erwartet, auch wenn im Detail ein gewisser Nachbesserungsbedarf besteht.

⁸⁰⁶ Redaktionsschluss am 30.8.2014

Die Stellungnahmen der Verbände

[982] Der DIHT hat in seiner Stellungnahme vom 27. Januar 2014⁸⁰⁷ generelle Kritik an der Verwendung des in der Industrie und im Handwerk schon vielfach verwendeten Begriffs der „Zertifizierung“ für Mediatoren ohne „ein Zertifizierungsverfahren oder eine irgendwie geartete Überprüfung des Mediators“ geäußert. Er vermutet, dass durch die Falschverwendung des Begriffs der Zertifizierung kaum noch Anreize für weitergehende Qualifikation bestehen.

[983] Der Bundesverband Mediation e.V. (BM) hat in seiner Stellungnahme vom 22.4.2014⁸⁰⁸ eine Vereinheitlichung der Zertifizierung und die Einrichtung einer zentralen Prüfstelle gefordert. Gefordert wird – ähnlich wie vom DFfM zudem mehr Flexibilität in der Konzeption der Ausbildung und mehr Klarheit zu den Ausbildungsgesichtspunkten. So wird gefordert, dass Supervision, Intervention und Covision benannte Ziele der Fortbildung werden. Ebenso wie später das DFfM wird vom BM in den ersten fünf Jahren eine flexible Aufteilung einer Mindestzahl von 10 Fällen angeregt. Für die Übergangsregelung werden 90 Zeitstunden Ausbildung und 2 nachgewiesene Mediationsverfahren als ausreichend angesehen.

⁸⁰⁷ Link zur Stellungnahme auf www.deutscher-mediationsrat.de/downloads/Stellungnahme_DIHK.pdf

⁸⁰⁸ Link zur Stellungnahme auf der Homepage des BM ([http://www.bmev.de/index.php?id=aktuelles_im_bm&tx_ttnews\[year\]=2014&tx_ttnews\[month\]=04&tx_ttnews\[tt_news\]=218&cHash=5a770bda4efaa4d2603bcb6dc9dc9373](http://www.bmev.de/index.php?id=aktuelles_im_bm&tx_ttnews[year]=2014&tx_ttnews[month]=04&tx_ttnews[tt_news]=218&cHash=5a770bda4efaa4d2603bcb6dc9dc9373))

[984] Die Stellungnahme des Mediatorenverbandes Integrierte Mediation vom 28. April 2014⁸⁰⁹ stimmt dem Entwurf der ZMediatAusbV grundsätzlich zu. Für § 2 ZMediatAusbV-E wird angeregt, vor Ziffer 2 das Wort „und“ in „oder“ zu ersetzen, nicht zuletzt um die Mediation als Erstberuf zu ermöglichen. Bezogen auf Anforderungen an Ausbildungsinstitute wird vorgeschlagen, eine besser zur Mediation passende Eigenverpflichtung aufzunehmen und eine Verpflichtung, die Qualifikation der Ausbilder öffentlich zu stellen. Zudem wird eine Information der Verbraucher angeregt, dass die Titulierung „zertifizierter Mediator“ nicht verliehen wird, sondern eigenständig auf Basis der Erfüllung formaler Kriterien verwendet werden darf.

[985] Das Deutsche Forum für Mediation e.V. (DFfM) hat in seiner Stellungnahme vom 29. bzw. 30. April 2014⁸¹⁰ verschiedene Änderungen gefordert. Vorgeschlagen wird u.a., dass der Verordnungsgeber Vorgaben für eine Zentralstelle für die Zertifizierung/Akkreditierung der Ausbilder macht. Es wird weiter vorgeschlagen, auf das Erfordernis einer abgeschlossenen Berufsausbildung in § 2 ZMediatAusbV zu verzichten und auch eine adäquate Berufstätigkeit ausreichen zu lassen. Bezogen auf den Ausbildungsbestandteil Supervision wird die Klarstellung gefordert, dass es nur um das Kennenlernen der Supervision als Verfahren in der Ausbildung gehen kann, nicht

⁸⁰⁹ Schreiben vom 28.4.2014 an das BMJ

⁸¹⁰ Es existieren zwei Schreiben an das Ministerium, eines datierend auf den 29.4. und eines auf den 30.4.. Link zur Stellungnahme mit Datum 29.4.2014 auf der Homepage des DFfM (<http://www.deutscher-mediationsrat.de/index.php?content=presse>)

um durchgeführte Supervisionen für jeden auszubildenden Mediator. Bezogen auf die Stundenvorgabe setzt sich das DFfM dafür ein, dass nur 103 der 120 Stunden obligatorisch inhaltsgebunden sein sollen, der Rest der bedarfsgerechten Schwerpunktbildung durch das Ausbildungsinstitut unterliegt. Für die Fortbildung wird eine Anrechnung von dozierender Tätigkeit sowie wissenschaftlichen Publikationen gefordert. Die Regelung in § 5 ZMediatAusbV-E zur praktischen Erfahrung wird in Frage und als Alternative ggf. in den Raum gestellt, dass 10 zu dokumentierende Fälle in den ersten 5 Jahren vorliegen müssen. Zudem wird eine Verlängerung der Frist für eine versäumte Fortbildung vom DFfM angeregt.

[986] Die integrierte Mediation hat in ihrer Stellungnahme die Zurückhaltung des BMJ mit Regelungen als mediationskonform begrüßt und als einen Vertrauensbeweis gewürdigt. Es wurde darauf hingewiesen, dass der zertifizierte Mediator in die Nähe einer Berufsbezeichnung gerückt wird, was aber unter dem Strich zu begrüßen sei.

[987] Seitens der Bundesrechtsanwaltskammer wurde mit Stellungnahme vom Mai 2014⁸¹¹ zum Entwurf Stellung genommen. Ähnlich wie der Anwaltsverein äußert die BRAK Sorge vor einer Verwässerung des Zertifizierungssystems in Deutschland und vor einer Inflation von zertifizierten Mediatoren. Zur besseren Erfüllung von Verbrauchererwartungen wird gefordert, dass der Titel zertifizierter Mediator erst nach Durchführung und Doku-

⁸¹¹ Download auf der Homepage der BRAK
(<http://www.brak.de/zur-rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2014/mai/stellungnahme-der-brak-2014-18.pdf>)

mentation von Praxisfällen gegenüber seinem Ausbildungsinstitut geführt werden darf. Gefordert wird die Etablierung eines Gütesiegelsystems, sowie ein anerkanntes Zertifizierungssystem für die Ausbildung.

[988] Schließlich hat der Deutsche Anwaltverein (DAV) im Mai⁸¹² erklärt, dass er den liberalen Ansatz des Verordnungsentwurfs begrüßt. Es wird bezweifelt, dass die geforderte zweijährige praktische berufliche Tätigkeit von der Verordnungsermächtigung gedeckt ist. Bezogen auf den zeitlichen Umfang der Ausbildungsinhalte spricht sich der DAV dafür aus, diese nur als Orientierungsrahmen zu definieren und Abweichungen nach Bedarf zuzulassen. Als Fortbildung sollte auch wissenschaftliche Betätigung und Lehrtätigkeit anerkannt werden. Alle in der Anlage genannten Ausbildungsinhalte sollten nach Ansicht des DAV – unabhängig vom Grundberuf – Gegenstand der Fortbildung sein können. Die geforderten Angaben auf dem Zertifikat werden als unnötig detailliert angesehen. Schließlich wird gefordert, an im Ausland ausgebildete Mediatoren keine höheren Anforderungen zu stellen als an im Inland ausgebildete.

Ungeachtet der dargestellten Kritik an einzelnen Vorschriften des Verordnungsentwurfs lassen die vorliegenden Regeln der ZMediatAusbV-E einen Trend erkennen, sodass deren Kommentierung auch vor Erlass der finalen Fassung eine hilfreiche Auseinandersetzung ermöglicht. Die Kommentierung der endgültigen Fassung wird im In-

⁸¹² Homepage des DAV <http://anwaltverein.de/downloads/DAV-SN27-14.pdf>

ternet zur Verfügung stehen⁸¹³. Um zu verdeutlichen, dass die nachfolgend kommentierten Vorschriften *noch nicht* in Kraft sind, wurden die §§ der ZMediatAusbV in grau dargestellt. In Zitaten wird die Abkürzung ZMediatAusbV-E verwendet.

Die Ziele der ZMediatAusbV

[989] Ausgangspunkt aller Überlegungen ist die Zielvorgabe und mit ihr der Zweck, den diese Verordnung erfüllen will. Eigenen Angaben nach soll „Qualitätssicherung und Markttransparenz“ durch die Manifestation von Mindeststandards ermöglicht werden⁸¹⁴. Insgesamt verstärkt der Entwurf der ZMediatAusbV den Eindruck, dass die Bezeichnung *zertifizierter Mediator* ein **Synonym für den praktizierenden Mediator** sein soll und **für den Berufsmediator steht** [565]. Zumindest lässt sie Erwartungen erkennen, ab wann ein Mediator die Mindesthürde in den Beruf genommen hat. Vielleicht war dieser Gedanke der Anlass, warum das BMJ in den §§ 2 und 9 der ZMediatAusbV-E über die gesetzliche Ermächtigung hinausgehende [966], berufsbezogene Anforderungen an die Berechtigung zur Bezeichnung als *zertifizierter Mediator* aufstellt. Die Professionalität ist ein Thema. Das Ziel der ZMediatAusbV besteht deshalb darin, eine professionelle

⁸¹³ Wikipediation (ZMediatAusbV)

⁸¹⁴ Zitate aus dem Verordnungsentwurf: „Qualitätssicherung und Markttransparenz“ (Vorbemerkungen zur ZMediatAusbV-E, Abschnitt A.), „Qualität der Mediation auf dem Markt“ (Begründung zur ZMediatAusbV-E, Abschnitt A. I.) „Sicherung und Förderung von Qualität in der Mediation“ (Begründung zur ZMediatAusbV-E, Abschnitt A. V.).

Ausübung von Mediation durch Mindeststandards für Aus- und Fortbildung zu gewährleisten.

§ 1 Anwendungsbereich

Diese Verordnung regelt

1. die Ausbildung zum zertifizierten Mediator,
2. die Fortbildung des zertifizierten Mediators sowie
3. Anforderungen an die Einrichtungen zur Aus- und Fortbildung nach den Nummern 1 und 2.

[990] Die Formulierung deckt sich mit dem Ermächtigungsrahmen, den das MediationsG in § 6 vorgegeben hat [966]. Allerdings geht bereits die nächste Vorschrift über den dargestellten engen Anwendungsbereich (Regelung der Aus- und Fortbildung von Mediatoren, die sich als zertifizierte Mediatoren bezeichnen wollen) hinaus!

§ 2 Grundqualifikationen

Als zertifizierter Mediator darf sich nur bezeichnen, wer neben einer Ausbildung nach § 3 über folgende Qualifikationen verfügt:

1. einen berufsqualifizierenden Abschluss einer Berufsausbildung oder eines Hochschulstudiums und
2. eine mindestens zweijährige praktische berufliche Tätigkeit.

[991] Wer sich als zertifizierter Mediator bezeichnen darf, legt das Gesetz in § 5 Abs. 2 abschließend fest [964]. Jede Erweiterung käme einer Gesetzesänderung gleich, zu der nur das Parlament befugt ist. Die Ermächtigung des § 6 MediationsG betrifft „lediglich“ die Regelung der Aus-

und Fortbildung sowie die Anforderungen an die Ausbilder [989]. Wenn § 2 ZMediatAusbV-E die Voraussetzungen festlegt, wann sich ein Mediator als zertifizierter Mediator bezeichnen darf, greift er in den Gesetzeswortlaut des § 5 MediationsG ein. Dort ist bereits geregelt, wann man sich zertifizierter Mediator nennen darf. So gesehen geht § 2 ZMediatAusbV-E - wenigstens vom Wortlaut her - über die gesetzliche Ermächtigung hinaus. Würde der Entwurf mit dieser Formulierung verabschiedet, kollidiert die Verordnung mit höherrangigem Recht und ist insoweit materiell rechtswidrig.

[992] § 2 ZMediatAusbV-E kann zu einer Situation führen, wo jemand zwar eine Mediationsausbildung absolviert hat, sich aber mangels beruflicher Vortätigkeit trotzdem (noch) nicht zertifizierter Mediator nennen darf. Aus dem Wortlaut von § 2 ZMediatAusbV-E (insbesondere aus der Verwendung des Wortes „und“ vor Ziff. 2) ist zudem der Schluss zu ziehen, dass Mediator kein Erstberuf sein kann. Wenn beispielsweise die juristische Referendarzeit nicht als Vortätigkeit gerechnet wird, dann hätte der Volljurist zwar die Befähigung zum Richteramt - er könnte also sofort als Richter beschäftigt werden oder sich als Rechtsanwalt niederlassen. Er dürfte sich aber trotz einer zusätzlichen Mediationsausbildung nicht zertifizierter Mediator nennen.

[993] In der bisherigen Praxis war die vorauszusetzende Berufserfahrung eher als Kompensation für eine fehlende Hochschulausbildung angesehen worden. Diese Anforderung trägt dem Umstand Rechnung, dass die in § 5 MediationsG beschriebene Mediationsausbildung eine

Weiterbildung im akademischen Berufsbereich darstellt. Die interdisziplinäre Erfahrung ist durch die Ausbildung zu vermitteln. Sie muss übrigens auch umgekehrt in der Lage sein, eine einseitig geratene berufliche Vorprägung zu neutralisieren. Aus diesen Gründen ist zu fordern, dass der Wortlaut von § 2 ZMediatAusbV dahingehend geändert wird, dass vor Ziffer 2 das Wort „und“ durch „oder“ ersetzt wird, wenn nicht auf die Regelung mangels Ermächtigung ganz verzichtet wird.

[994] Zulässig wäre es, den Zugang zur Ausbildung von der Berufsausbildung und gegebenenfalls der Berufsausübung abhängig zu machen. Eine solche Regelung würde sich im Rahmen der gesetzlichen Ermächtigung bewegen. Auch hier wäre aber die gleiche Forderung zu stellen, dass alternativ eine berufliche Tätigkeit oder Berufsausbildung bzw. ein Hochschulstudium ausreichend sein sollten.

[995] Zumindest in rechtssystematischer Hinsicht ist § 2 ZMediatAusbV zu begrüßen. Zum einen lässt ein professionelles Vorgehen den Medianden erwarten, dass die Regeln der Kunst beachtet werden. Zum anderen werden Unsicherheiten bei der Frage der Anwendbarkeit des MediationsG beseitigt. Auch die Abgrenzung vom Berufsmediator zum Güterichter wird deutlich [965]. Die Professionalität bekräftigt das hier angenommene, ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der Rechtsverbindlichkeit [757] und erlaubt eine Abgrenzung gegen die faktische Mediation [139].

§ 3 Ausbildung

(1) Die Ausbildung zum zertifizierten Mediator muss die in der Anlage aufgeführten Inhalte vermitteln. Die Ausbildung umfasst auch praktische Übungen, Rollenspiele und Supervision.

[996] Der Zweck, den die Ausbildung verfolgen soll, wurde in § 5 ZMediatAusbV-E festgeschrieben, wo die Ausbildung als eine *Ausbildung zum Mediator* bezeichnet wurde. Das klingt nach einer Berufsausbildung. Andererseits besagt § 5 ZMediatAusbV-E, dass der Mediator durch eine geeignete Ausbildung (lediglich) „... sicherstellt, über theoretische Kenntnisse sowie praktische Erfahrungen ...“ zu verfügen. **Eindeutig ist die Erwartung, dass der auszubildende Mediator in der Lage sein muss, die Mediation professionell abzuwickeln.** Mithin legt das MediationsG diese Erwartung als das Ausbildungsziel fest.

Das Ausbildungsziel

[997] § 3 ZMediatAusbV-E definiert in Verbindung mit der Anlage zur ZMediatAusbV-E Ausbildungsinhalte, die sich - zusammen mit einer praktischen Ausbildung - zu Befähigungen entwickeln sollen.

[998] Zwar gibt es Details, die Fragen aufwerfen: beispielsweise, was eine „erfolgreiche Teilnahme“ bedeutet (das Absitzen von Unterrichtsstunden oder das erfolgreiche Absolvieren eines Verständnistest am Ende) oder was unter „jeweils erforderlichen fachlichen Kenntnissen“ zu verstehen ist. Auch die prozentuale Anrechnung

der „praktischen Ausbildung“ bei der Vermittlung von „überwiegend theoretischen Kenntnissen“ erlaubt Spielräume. Die Autoren sehen diese Fragen jedoch als hinreichend definiert, wenn das Ziel des zertifizierten Mediators eine berufliche Anwendung der Mediation darstellt. Zu begrüßen sind die sich daraus ergebenden didaktischen Bewegungsfreiheiten.

Die Ausbildungsinhalte

[999] Hinsichtlich der Ausbildungsinhalte hat sich das BMJ an den Bericht der Abgeordneten des Rechtsausschusses und die darin enthaltene Empfehlung⁸¹⁵ gehalten. Es mag eine politische Aussage sein, dass der Verordnungsgeber diese Empfehlung *nicht* abgeändert und insbesondere nicht erweitert hat. Die Anlage „Ausbildungsinhalte“ hat folgenden Wortlaut:

Einführung und Grundlagen der Mediation

18 Stunden

- a) Grundlagen der Mediation
 - aa) Überblick zu Prinzipien, Verfahrensablauf und Phasen der Mediation,
 - bb) Überblick zu Kommunikations- und Arbeitstechniken in der Mediation.
- b) Abgrenzung der Mediation zum streitigen Verfahren und anderen alternativen Konfliktbelegungsverfahren.

⁸¹⁵ Bericht der Abgeordneten Dr. Patrick Sensburg, Sonja Steffen, Jörn Wunderlich, Christian Ahrendt und Ingrid Hönlinger in Drucksache 17/8058

- c) Überblick über die Anwendungsfelder der Mediation.

2. Ablauf und Rahmenbedingungen der Mediation;

30 Stunden

- a) Einzelheiten zu den Phasen der Mediation
 - aa) Mediationsvertrag
 - bb) Stoffsammlung
 - cc) Interessenerforschung
 - dd) Sammlung und Bewertung von Optionen,
 - ee) Abschlussvereinbarung
- b) Besonderheiten unterschiedlicher Settings in der Mediation
 - aa) Einzelgespräche
 - bb) Co-/Teammediation, Mehrparteienmediation, Shuttle- Mediation
 - cc) Einbeziehung Dritter (z.B. Kinder, Steuerberater, Gutachter)
- c) Weitere Rahmenbedingungen
 - aa) Vor- und Nachbereitung von Mediationsverfahren,
 - bb) Dokumentation/Protokollführung

3. Verhandlungstechniken und -kompetenz

12 Stunden

- a) Grundlagen der Verhandlungsanalyse
- b) Verhandlungsführung und Verhandlungsmanagement: Intuitives Verhandeln, Verhandlung nach dem Harvard- Konzept/integrative Verhand-

lungstechniken, distributive Verhandlungstechniken

4. Gesprächsführung, Kommunikationstechniken

18 Stunden

- a) Grundlagen der Kommunikation
- b) Kommunikationstechniken: aktives Zuhören, Paraphrasieren, Fragetechniken, Verbalisieren, Reframing, verbale und nonverbale Kommunikation
- c) Techniken zur Entwicklung und Bewertung von Lösungen (Brainstorming, Mindmapping, sonstige Kreativitätstechniken, Risikoanalyse)
- d) Visualisierungs- und Moderationstechnik
- e) Umgang mit schwierigen Situationen (z. B. Blockaden, Widerstände, Eskalationen, Machtungleichgewichte)

5. Konfliktkompetenz

12 Stunden

- a) Konflikttheorie (Konfliktfaktoren, Konfliktodynamik und Konfliktanalyse; Eskalationsstufen; Konflikttypen)
- b) Erkennen von Konflikt dynamiken. 3. Interventionstechniken

6. Recht der Mediation

6 Stunden

- a) Rechtliche Rahmenbedingungen: Mediationsvertrag, Berufsrecht, Verschwiegenheit, Vergütungsfragen, Haftung und Versicherung
- b) Einbettung in das Recht des jeweiligen Grundberufs
- c) Grundzüge des Rechtsdienstleistungsgesetzes

7. Recht in der Mediation (Anm. der Verfasser: Ermöglichung einer rechtlich informierten Entscheidung bei rechtlich relevanten Sachverhalten)

12 Stunden

- a) Rolle des Rechts in der Mediation
- b) Abgrenzung von zulässiger rechtlicher Information und unzulässiger Rechtsberatung in der Mediation durch den Mediator
- c) Abgrenzung zu den Aufgaben des Parteianwalts
- d) Sensibilisierung für die rechtliche Relevanz bestimmter Sachverhalte bzw. rechtzeitige Empfehlung an die Medianden, in rechtlich relevanten Fällen externe rechtliche Beratung in Anspruch zu nehmen
- e) Mitwirkung von Rechtsanwälten in der Mediation selbst
- f) Rechtliche Besonderheiten der Mitwirkung des Mediators bei der Abschlussvereinbarung
- g) Rechtliche Bedeutung und Durchsetzbarkeit der Abschlussvereinbarung unter Berücksichtigung der Vollstreckbarkeit

8. Persönliche Kompetenz, Haltung und Rollenverständnis

12 Stunden

- a) Rollendefinition, Rollenkonflikte
- b) Aufgabe und Selbstverständnis des Mediators (insbesondere Wertschätzung, Respekt und innere Haltung)
- c) Allparteilichkeit, Neutralität und professionelle Distanz zu den Medianden und zum Konflikt
- d) Macht und Fairness in der Mediation
- e) Umgang mit eigenen Gefühlen
- f) Selbstreflexion (z.B. Bewusstheit über die eigenen Grenzen aufgrund der beruflichen Prägung und Sozialisation)

Die Gewichtung

[1000] Auffällig ist, dass die ZMediatAusbV numerische Gewichtungen im Detail vorschreibt nicht jedoch für die Ziffern IX und X, wo es um Praxis, Supervision und Intervention geht. Für sie wird keine Ausbildungszeit reserviert. Das BMJ führt aus: „Es bleibt ... der Ausbildungseinrichtung überlassen, welcher Inhalt gemäß der Anlage mit der Methode des Rollenspiels vermittelt wird und wie praktische Übungen und Supervision *in* die Ausbildung *eingebettet* werden“⁸¹⁶. Wenn der Verordnunggeber vom Einbetten spricht, wird deutlich, dass er für die praktische Ausbildung keinen zusätzlichen Ausbildungsaufwand einfordert. Wenn die an die Ausbildung zu stel-

⁸¹⁶ Begründung(ZMediatAusbV), S. 15

lende Anforderung die Basis für eine anschließende Berufsausübung legen soll, ist ein praktisches Lernen ebenso unverzichtbar wie eine damit einher gehende Selbstreflexion. Die eigentliche Herausforderung einer Ausbildung in Mediation besteht darin, einen inneren Transfer zu ermöglichen, bei dem der Auszubildende sich im Denken der Mediation wiederfindet (sodass er sie verinnerlichen kann) und seine eigenen Ressourcen (nach den Anforderungen des Verstehensprozesses) darauf einzurichten weiß.

(2) Die Dauer der Ausbildung zum zertifizierten Mediator beträgt insgesamt mindestens 120 Zeitstunden.

Die Ausbildungsdauer

[1001] Im internationalen Vergleich schwankt die Ausbildung von 30 Stunden (Lettland), 40 Stunden (United Kingdom)⁸¹⁷ über 80 Stunden (Bulgarien), 120 Stunden (Deutschland) bis zu 365 Stunden (Österreich)⁸¹⁸. Es fällt auf, dass Ausbildungen mit einer geringeren Stundenzahl auf dem Harvard-Konzept aufbauen und nur die facilitative Mediation betreffen. Bei einem EU-Projekt mit Bulgarien beispielsweise hat sich herausgestellt, dass dort die Mediation nach englischem Vorbild fast ausschließ-

⁸¹⁷ <http://www.cedr.com/skills/school/> abgelesen am 31.3.2013
siehe auch <http://www.ukregisterofmediators.co.uk/what-does-registration-mean/> abgelesen am 31.3.2013

⁸¹⁸ Die angeforderten Ausbildungsstunden differenzieren verschiedene Grundberufe. Ein Jurist oder Psychologe benötigt z.B. nur 220 Stunden. Quelle: Gesamte Rechtsvorschrift für Zivilrechts-Mediations-Ausbildungsverordnung, Fassung vom 29.04.2013 <http://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=20003180>

lich im Caucus geführt wurde und dass man von einer transformativen Mediation zuvor noch nie etwas gehört hatte⁸¹⁹. Wie die Erfolge der Mediation in England beweisen, ist diese Ausbildung für eine facilitative Mediation mit Einzelgesprächen auch durchaus ausreichend. Wenn die Ausbildung den Mediator jedoch dazu befähigen soll, alle Modelle und Formen der Mediation anwenden zu können, dann ist auch eine 200-stündige Ausbildung eher zu gering. Die 120 Stunden können also nicht mehr, als einen absoluten Mindeststandard beschreiben.

(3) Die jeweiligen Ausbildungsinhalte müssen mindestens die in Spalte III der Anlage aufgeführten Zeitstunden umfassen.

Die Zeitvorgaben

[1002] Die ZMediatAusV schreibt im Detail Mindestzeiten vor, die einem Thema zu widmen sind. Zum Beispiel sind 6 Zeitstunden zum Thema „Recht der Mediation“ aufzuwenden. Auch wenn es penibel erscheint, ist es zu begrüßen, dass die Anteile in absoluten Stundenzahlen aufgeführt wurden. Selbstverständlich handelt es sich um Zeitstunden (siehe § 3 Abs. 2 ZMediatAusV-E), nicht um Unterrichtsstunden, die gegebenenfalls nur 45 Minuten dauern. Der Vorteil von absoluten Zeitangaben ist der, dass die Anteile bei einer aufgesetzten Weiterbildung nicht dynamisch wachsen. Wäre dies der Fall, dann müsste das Thema „Recht der Mediation“ bei einer 300-

⁸¹⁹ Berichte von Mitgliedern der PAMB, einem Bulgarischen Mediationsverband, gegenüber dem Herausgeber, der als Projektkoordinator in dem Projekt tätig war.

stündigen Ausbildung 15 Unterrichtsstunden in Anspruch nehmen. Mit der starren Regelung bleibt Raum, die gewonnenen Freiräume anders zu füllen.

Die Didaktik

[1003] Die als solide angesehene Grundausbildung des zertifizierten Mediators geht vordergründig von der Vermittlung theoretischer Kenntnisse aus⁸²⁰. Dass sich die theoretischen Kenntnisse mit praktischen Übungen vermitteln sollen, ergibt sich aus dem expliziten Hinweis, dass die Ausbildung auch praktische Übungen, Rollenspiele und Supervision umfasst⁸²¹. Bemerkenswert ist, dass dafür kein Zeitaufwand vorgegeben wurde. Auch mag festzuhalten sein, dass der Ordnungsgeber keine Festlegungen über den Ausbildungscharakter trifft, so dass die Ausbildung ohne weiteres auch im Fernstudium erfolgen kann, wenn der Anbieter darin dem Auftrag zum praktischem Unterricht nachkommt. Ein Fernstudium ohne Praxisanteil ist in jedem Fall unzureichend.

§ 4 Fortbildung

(1) Der zertifizierte Mediator hat sich regelmäßig fortzubilden, und zwar innerhalb von zwei Jahren mindestens im Umfang von 20 Zeitstunden.

[1004] Sofern die Fortbildungsverpflichtung allein über die kostenpflichtige Teilnahme an Fortbildungskursen bei Aus- und Fortbildungseinrichtungen zu erfüllen ist, müsste der zertifizierte Mediator sich bei einer 10-

⁸²⁰ Begründung (ZMediatAusbV), S. 15

⁸²¹ Begründung (ZMediatAusbV), S. 15

stündigen Ausbildung pro Jahr auf jährliche Zusatzkosten von schätzungsweise 200 bis 400 EUR einstellen. Es wird eine nicht finanzierbare Anforderung, wenn der Aufwand aus dem Gewinn zu begleichen ist, den die in der Verordnung veranschlagten zwei Mediationen im Jahr einbringen. Kostenfreie Fortbildungen könnten über diese Klippe helfen. Die (bescheinigte) Teilnahme an Fortbildungsveranstaltungen der Mediatorenverbände wäre ein Äquivalent. Ebenso der Vorschlag einiger Verbände, eine wissenschaftliche oder lehrende Tätigkeit im Bereich Mediation als gleichwertige Fortbildung anzuerkennen.

✍ Weg für kostenfreie Fortbildungen frei machen

(2) Ziel der Fortbildung ist

1. eine Vertiefung und Aktualisierung einzelner in der Anlage aufgeführter Inhalte oder

2. eine Vertiefung von Kenntnissen und Fähigkeiten in besonderen Bereichen, insbesondere der Mediation in Familie oder Wirtschaft oder der Supervision, Intervision oder Covision.

(3) Die Vertiefung und Aktualisierung von Inhalten nach Absatz 2 Nummer 1 soll sich auf solche Inhalte beziehen, die nicht in Zusammenhang mit dem Grundberuf stehen, den der zertifizierte Mediator ausübt.

[1005] Die Regelung in § 4 Abs. 2 Nr 1 und 2 ZMedAusvV-E setzt – wörtlich genommen – die enumerative Aufzählung der Qualifikationsmerkmale und Inhalte in § 3 ZMedAusvV-E voraus. Fortbildungen dienen dabei nicht nur der Vertiefung und Aktualisierung, sondern auch der *Er-*

weiterung des Mediationswissens. Mit der im Entwurf vorliegenden Formulierung könnte das Ziel der Fortbildung einschränkend ausgelegt werden, was so sicherlich nicht beabsichtigt war. Aus diesem Grunde sollte der Begriff der Vertiefung auch die Erweiterung von Mediationswissen und relevanten Inhalten umfassen. In der Gesamtschau von Ziffer 1 und 2 haben die Ausbildungsinstitute einen ausreichenden Spielraum, um eine sinnhafte Fortbildung auch im Sinne einer Ausbildungserweiterung zu ermöglichen.

✍ *Kompetenzerweiterung* als zus. Ausbildungsziel

[1006] Zwar wird in Ziffer 2 allein die Mediation in Familie oder Wirtschaft herausgehoben. Mit der Verwendung des Wortes „insbesondere“ ist jedoch klargestellt, dass auch alle anderen Spezialgebiete der Mediation Gegenstand der geforderten Fortbildung sein können.

§ 5 Praktische Erfahrung

(1) Der zertifizierte Mediator hat regelmäßig Mediationsverfahren durchzuführen, und zwar innerhalb von zwei Jahren mindestens vier Mediationsverfahren als Mediator oder Co-Mediator.

[1007] Es erscheint zweifelhaft, ob das Voraussetzen einer Berufs- und Mediationspraxis außerhalb der Ausbildung von der Verordnungsermächtigung gedeckt ist. Hier gelten die gleichen Überlegungen wie im Zusammenhang mit § 2 ZMediatAusbV [991].

[1008] Bei den regelmäßigen Mediationsverfahren handelt es sich um „echte“ Mediationen, bei denen die Medi-

ation als Verfahren [667] durchgeführt wird. Güterichter Verhandlungen, wo „lediglich“ die Methode der Mediation angewendet wird, scheiden, zumindest nach dem Wortlaut aus [965]. Auch Supervisions- oder Rollenspielerfahrungen sind keine Mediationen i.S. dieser Vorschrift. Diese rigorose Schlussfolgerung ergibt sich einerseits aus der Begründung des § 5 Abs. 1 ZMediatAusbV-E, wo die Dokumentation der „Praxiserfahrung“ ausdrücklich aus dem Pflichtenkatalog der zu dokumentierenden Fälle herausgenommen wurde⁸²². Andererseits stellt die Reduplizierung des Verfahrensbegriffs im Terminus Mediationsverfahren die Bedeutung des *Verfahrens* als der maßgebliche Rahmen [667] heraus. Eine Bezahlung wird nicht erwähnt und ist somit auch keine Voraussetzung. Mithin könnten die zählbaren Mediationen als solche beschrieben sein, die durch Dienstvertrag oder Auftrag, mithin auf Grund eines MV zustande gekommen sind.

(2) Die Mediationsverfahren nach Absatz 1 sind zu dokumentieren. Die Dokumentation muss enthalten:

- 1. Name, Vornamen, Geburtsort und Geburtsdatum des Mediators und gegebenenfalls des Co-Mediators,**
- 2. Datum, Ort und Dauer der Mediationstermine und Vorgespräche,**
- 3. anonymisierte Angaben zur Konfliktsituation, zu den Konfliktbeteiligten und den Konfliktthemen sowie**
- 4. anonymisierte Beschreibung des Verlaufs und Ausgangs der Mediation.**

[1009] Die vorgesehene Anonymisierung der Dokumentation trägt dem Umstand der Vertraulichkeit Rechnung.

⁸²² Begründung (ZMediatAusbV), S. 17

Zu dokumentieren sind „echte“ Fälle. Mithin ist es unzulässig, die Falldokumentation mit Rollenspielerfahrungen aufzustocken [1008].

[1010] Die vorgeschriebenen Inhalte scheinen den Blick des Prozessbeobachters einzunehmen. Der Verordnungsgeber sieht die Dokumentation in erster Linie als einen Beitrag zur Qualitätssicherung. Er führt aus: „Die Dokumentation dient der Qualitätssicherung, indem die Konfliktdynamik und die gewählte mediatorische Intervention reflektiert und analysiert werden“. Die Dokumentationspflicht besteht in jedem Fall. Wie die Verordnungsbegründung weiter ausführt, kann die Dokumentation (lediglich) „bei Bedarf ... dem Nachweis der erforderlichen praktischen Erfahrung im Bereich der Mediation dienen“⁸²³.

(3) Der zertifizierte Mediator soll auch praktische Erfahrungen im Rahmen von Supervision, Intervention und Covision erwerben.

[1011] Damit ist offenbar gemeint, dass Supervision, Intervention und Covision die Arbeit des (Berufs-)mediators begleiten sollen. Das BMJ führt aus: „Diese Formen der kollegialen Beratung dienen der Qualitätsverbesserung der eigenen mediatorischen Tätigkeit⁸²⁴. Im Gegensatz zu § 5 Abs. 1 ZMediatAusbV-E muss die Praxiserfahrung im Rahmen von Supervision, Intervention und Covision nicht dokumentiert und auch nicht in einem bestimmten zeitlichen Rahmen erworben werden.

⁸²³ Begründung (ZMediatAusbV), S. 17

⁸²⁴ Begründung (ZMediatAusbV), S. 17

§ 6 Bescheinigung

(1) Über die erfolgreiche Teilnahme an einer Ausbildungsveranstaltung nach § 3 sowie an einer Fortbildungsveranstaltung nach § 4 ist von der jeweiligen Aus- oder Fortbildungseinrichtung eine Bescheinigung auszustellen.

[1012] Der Verordnungsentwurf lässt in § 6 Abs. 1 sowie in seiner Begründung offen, wann die Teilnahme an Aus- und Fortbildungsveranstaltungen „erfolgreich“ ist und ob „erfolgreich“ ein eigenes Tatbestandsmerkmal darstellen soll oder nur ein Füllwort ist. Dem Sinn und Zweck des Aus- und Fortbildungserfordernisses würde keine Auslegung gerecht, nach der ein reines Absitzen der Bildungsmaßnahme, ohne dieser Aufmerksamkeit zu schenken, eine „erfolgreiche Teilnahme“ darstellte. Andererseits wird man Schwierigkeiten haben, aus der Formulierung einen Zwang zu einer Abschlussprüfung herzuleiten. Als Mindestanforderung sollte eine „erfolgreiche Teilnahme“ die Einschätzung des, die Aus- oder Fortbildung durchführenden Instituts voraussetzen, dass der betreffende Teilnehmer den Inhalt der Aus- und Fortbildung in seinen wesentlichen Teilen verfolgt und verstanden hat.

(2) Die Bescheinigung über die Teilnahme an einer Ausbildungsveranstaltung nach § 3 muss enthalten:

1. Name, Vornamen, Geburtsort und Geburtsdatum des Teilnehmers oder der Teilnehmerin,
2. Name und Anschrift der Ausbildungseinrichtung,
3. Datum und Ort der Ausbildungsveranstaltung sowie
4. vermittelte Ausbildungsinhalte nach der Anlage und

die jeweils darauf verwendeten Zeitstunden.

(3) Die Bescheinigung über die Teilnahme an einer Fortbildungsveranstaltung nach § 4 muss enthalten:

- 1. Name, Vornamen, Geburtsort und Geburtsdatum des Teilnehmers oder der Teilnehmerin,**
- 2. Name und Anschrift der Fortbildungseinrichtung,**
- 3. Datum und Ort der Fortbildungsveranstaltung sowie**
- 4. vermittelte Fortbildungsinhalte und Dauer der Fortbildungsveranstaltung in Zeitstunden.**

[1013] Die hohen Anforderungen an die Angaben zum ausgebildeten Mediator dürften für Altfälle, das heißt vor Inkrafttreten der Verordnung ausgestellte Bescheinigungen vielfach nicht erfüllbar sein. Um eine rückwirkende Anwendung zu vermeiden, sollte für Altbescheinigungen die Anforderungen als erfüllt angesehen werden, wenn durch ergänzende Dokumente (z.B. eine Kopie des Personalausweises) die unzweifelhafte Identifikation des ausgebildeten Mediators sichergestellt ist. Der Sinn und Zweck der Regelung würde durch eine solche Auslegung voll erfüllt.

§ 7 Anforderungen

Die korrekte und vollständige Überschrift, die der Ordnungsgeber diesem Paragrafen vorangestellt hat lautet: § 7 Anforderungen an Aus- und Fortbildungseinrichtungen

(1) Eine Ausbildung nach § 3 oder eine Fortbildung nach § 4 darf nur anbieten, wer sicherstellt, dass die für die Aus- oder Fortbildung eingesetzten Lehrkräfte

- 1. über eine Qualifikation nach § 2 Nummer 1 verfügen**

und

2. über die jeweils erforderlichen fachlichen Kenntnisse verfügen, um die in der Anlage aufgeführten oder sonstigen Inhalte in einer Aus- oder Fortbildungsveranstaltung zu vermitteln.

(2) Soweit eine Lehrkraft nur zur Vermittlung bestimmter Aus- oder Fortbildungsinhalte eingesetzt wird, müssen sich ihre fachlichen Kenntnisse nach Absatz 1 Nummer 2 nur darauf beziehen.

[1014] Für Ausbilder wird aus dem Erfordernis der „jeweils erforderlichen fachlichen Kenntnisse“ zu verlangen sein, dass sie neben theoretischen Kenntnissen insbesondere auch über ausreichende Mediationspraxis bezogen auf ihre Lehrinhalte verfügen.

§ 8 Gleichwertige Qualifikation

Die korrekte und vollständige Überschrift, die der Verordnungsgeber diesem Paragraphen vorangestellt hat lautet: § 8 Nach dem Recht der Europäischen Union gleichwertige Qualifikation

(1) Die Anforderung einer Ausbildung nach § 3 Absatz 1 erfüllt auch, wer eine nach dem Recht der Europäischen Union gleichwertige Qualifikation durch Ausbildungs- oder Befähigungsnachweise belegt, die von einer zuständigen Behörde oder Stelle eines anderen Mitgliedstaats der Europäischen Union oder eines Vertragsstaats des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum ausgestellt worden sind und die

1. in dem ausstellenden Staat erforderlich sind, um dort als Mediator tätig zu werden, oder
2. sofern die Tätigkeit als Mediator in diesem Staat nicht

durch Rechts- oder Verwaltungsvorschrift an den Besitz bestimmter Berufsqualifikationen gebunden ist, bescheinigen, dass die Inhaberin oder der Inhaber auf die Tätigkeit als Mediator vorbereitet worden ist und innerhalb der letzten zehn Jahre mindestens zwei Jahre einer Tätigkeit als Mediator nachgegangen ist; die Pflicht zum Nachweis dieser zweijährigen Berufserfahrung entfällt, wenn der Ausbildungsnachweis den Abschluss einer reglementierten Ausbildung im Sinne des Artikels 13 Absatz 2 Unterabsatz 3 der Richtlinie 2005/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. September 2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen (ABl. L 255 vom 30.9.2005, S. 22; L 271 vom 16.10.2007, S. 18; L 93 vom 4.4.2008, S. 28; L 33 vom 3.2.2009, S. 49), die zuletzt durch die Richtlinie 2013/25/EU (ABl. L 158 vom 10.6.2013, S. 368) geändert worden ist, bestätigt.

(2) Ausbildungs- oder Befähigungsnachweisen nach Absatz 1 gleichgestellt sind Ausbildungs- oder Befähigungsnachweise aus einem Drittstaat, sofern ein in Absatz 1 genannter Staat die durch diese Nachweise belegte Ausbildung oder Befähigung als Berufsqualifikation anerkannt hat und bescheinigt, dass die betroffene Person in seinem Hoheitsgebiet mindestens drei Jahre Berufserfahrung als Mediator erworben hat.

[1015] Die Regelung setzt die Vorgaben der Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen um. Es ist zweifelhaft, ob die Forderung einer mindestens zwei (EU) bzw. drei (Nicht-EU) Jahre dauernden Berufserfahrung als Mediator in § 8 ZMedia-tAusbV-E von der Verordnungsermächtigung in § 6 MediationsG gedeckt ist. Es ist zudem problematisch, dass mit der geforderten Praxiserfahrung an im Ausland ausge-

bildete Mediatoren teilweise höhere Anforderungen gestellt werden als an die im Inland ausgebildeten.

§ 9 Übergangsbestimmungen

Als zertifizierter Mediator darf sich auch bezeichnen, wer vor dem 26. Juli 2012 eine Ausbildung zum Mediator von mindestens 90 Zeitstunden abgeschlossen und anschließend als Mediator oder Co-Mediator durch mindestens vier Mediationen geführt hat. § 2 findet keine Anwendung.

[1016] Die Regelung stellt als Stichtag auf das Inkrafttreten des Mediationsgesetzes ab und nicht, was angesichts des verzögerten Inkrafttretens der Verordnung näher gelegen hätte, auf das Inkrafttreten dieser Verordnung oder auf deren Verabschiedung. Die jetzt mit der ZMediatAusbV festgelegten Ausbildungsinhalte waren bei Inkrafttreten des MediationsG in gar keinem Fall verbindlich und, soweit bekannt, als eher spekulativ einzuschätzen. Die dies ignorierende Rückbeziehung auf den 26. Juli 2012 könnte bedeuten, dass es für diese Mediatoren nicht darauf ankommen soll, den Inhalt der Mediationsausbildung und dessen Übereinstimmung mit der ZMediatAusbV nachzuweisen.

[1017] Der Stundenerlass für „Altmediatoren“ geht möglicherweise auf die anwaltliche Praxis und Rechtsprechung zurück, wo eine 90-stündige Ausbildung als ausreichend angenommen wurde, die Berufsbezeichnung Mediator zu führen. Altmediatoren bekommen eine weitere Erleichterung, wenn sie zwar eine 120 Stunden Ausbildung nachweisen können, die Ausbildungsinhalte aber

noch nicht den Vorgaben der Anlage zur Verordnung entsprechen (so auch die Verordnungsbegründung zu § 9). Die geforderte Mediationspraxis von mindestens 4 Fällen als Ausgleich für die fehlenden Stunden der Ausbildung hat keine expliziten Dokumentationsanforderungen.

§ 10 Inkrafttreten

Diese Verordnung tritt am ... [einsetzen: Datum des ersten Tages des 13. auf Verkündung folgenden Kalendermonats] in Kraft.

[1018] Die ZMediatAusbV tritt nicht sofort, sondern erst mit einem Jahr Verzögerung in Kraft. Die Frist deckt sich mit der Erwartung des Ministeriums, dass sich die maßgeblichen Mediatoren- und Berufsverbände, die berufsständischen Kammern, die Industrie- und Handelskammern sowie alle anderen gesellschaftlichen Gruppen innerhalb dieses Zeitraums privatrechtlich auf eine Vorgehensweise bezogen auf die Qualitätskriterien und ggf. ein Gütesiegel für die Ausbildung bzw. eine Zertifizierung der Ausbildungsträger zu einigen⁸²⁵. Das Inkrafttreten ist allerdings nicht davon abhängig, dass es innerhalb der 12 Monate nach Verabschiedung der Verordnung zu einer Einigung über Qualitätskriterien, Gütesiegel und/oder Zertifizierung für die Ausbildung kommt. Vor dem Inkrafttreten der Verordnung besteht kein Recht von Mediatoren, sich als „zertifizierter Mediator“ oder als „zertifizierte Mediatorin“ zu bezeichnen.

⁸²⁵ Begründung (ZMediatAusbV), Abschnitt A. II., S. 11 und Abschnitt B., zu § 10, S. 18

IV

Die Anpassung der Verfahrensgesetze

[1019] Außer der Errichtung des MediationsG hat der Gesetzgeber einige Verfahrensgesetze geändert, um auch durch sie die Mediation zu fördern. Großen Streit gab es um die Zulässigkeit und die Einführung der gerichtsin-
ternen Mediation.

Die Modelle der Gerichtsmediation

[1020] Unter dem Oberbegriff der *Gerichtsmediation* fassen sich die gerichtsnahe Mediation, die gerichtsin-
terne Mediation, der Güterichter und die gerichtsintegrierte
Mediation⁸²⁶ zusammen.

Gerichtsnahe Mediation

[1021] Ausgangspunkt der Gerichtsmediation war der Versuch, die Mediation als eine externe Mediation au-
ßerhalb des Gerichts zu etablieren⁸²⁷. Die Richter sollten
angehalten werden, Fälle in die Mediation zu vermitteln.
Das Modell wurde als gerichtsnahe Mediation bezeich-
net. Man hatte die Richter kurz informiert, dass es ein
besseres Verfahren gäbe, an das die richterliche Kompe-
tenz nicht heranreiche. Deshalb sollten die Richter ihre
Fälle an die Mediation abgeben. Wenn der Richter in die

⁸²⁶ Trossen/Käppele, ZRP 2006, 97 ff

⁸²⁷ Trossen (Mediationsgesetz)

Mediation verweist, unterbricht er das Verfahren. Er bringt es formal zum Ruhen und ermöglicht so eine eigenständige, reine Mediation [115] durch einen freien Mediator. Viele Richter fühlten sich übergangen und zauderten (ebenso wie die Parteien), einen externen (unbekannten) Mediator zu empfehlen. Modelle, in denen die gerichtsnahe Mediation erprobt wurde, zeigten nicht den gewünschten Erfolg. Man hat daraufhin die Richter in die Mediationsausbildung hereingenommen. Die Erfahrung, dass mit der Mediation eine umfassendere Sicht auf das Problem und mithin ein erweiterter Lösungsrahmen geschaffen werden konnte, haben die Richter jetzt selbst erkennen können. Sie haben jedoch gelernt, dass die Mediation nur als ein abgeriegeltes, isoliertes Verfahren gelingen könne. Was lag also näher, die Mediation als richterliche Mediation in einem separaten Verfahren anzubieten?

Gerichtsinterne Mediation

[1022] Besser angenommen wurden dann diejenigen Fälle, in denen die Richter *selbst* die Mediation durchführten. Ausgangspunkt dieses Konzeptes wurde ein Modellprojekt der Justiz in Niedersachsen. Dem Konzept der reinen Mediation folgend, wurde die so genannte gerichtsinterne Mediation eingeführt, indem die Mediation, wie in der externen Mediation, als isoliertes Verfahren durchgeführt wird. Allerdings fungiert ein in der Sache nicht zur Entscheidung berufener Richter als Mediator.

[1023] Die Richtermediation war heiß umstritten. Die Mediatoren beklagten einen unlauteren - weil mit öffentlichen Mitteln finanzierten - Wettbewerb seitens der Jus-

tiz. Eigentlich hätte die Lobby der gerichtswinternen Mediation gelassen gegenüberreten können. Erstens gab es so viele Fälle gar nicht. Zweitens kann man davon ausgehen, dass die gerichtswinterne Mediation schnell an ihre Grenzen stößt. In vielen Fällen mussten die Richter die Mediationen freiwillig als nicht freigestellte Mehrleistung anbieten⁸²⁸. In anderen Fällen fingen sie an, mehr Unterstützung zu fordern, so dass die Gerichtsadministration sich weigerte, die gerichtswinterne Mediation weiter zu unterstützen. Der Höhepunkt wäre erreicht, wenn die Justiz Richtermediatoren einstellt, um mehr Güterichter-verhandlungen anbieten zu können.

[1024] Die Mitbewerber beobachteten, dass die Richtermediatoren recht schnell und erfolgreich zu guten Ergebnissen kamen. Ganz nach dem Motto „Es darf nicht sein was nicht sein kann“, unterstellte man ihnen nun, sie würden ihr Richteramt in der Mediation als indirekte „Argumentationshilfe“ verwenden. Sie seien nicht korrekt ausgebildet und auch nicht in der Lage, eine Mediation in der Qualität abzuliefern, wie dies externe Mediatoren bewerkstelligen könnten. Das Argument der mangelnden Ausbildung mag im Einzelfall zutreffen. Aktuell unterstützt und bietet die Justiz interne Fortbildungsprogramme. Manche Justizverwaltungen haben Richter in Ausbildungen geschickt und die Mediation in den lan-

⁸²⁸ So beispielsweise in Rheinland-Pfalz, wo sich unter dem Engagement des Justizministers Dr. Bamberger zwar in fast jedem Gericht Mediatoren aufstellten. Eine damit korrespondierende Pensenentlastung wurde jedoch zurückgestellt. Man wollte erst sehen, wie die Auswirkungen sind.

deseigenen Fortbildungen angeboten⁸²⁹. Es mag sein, dass viele Richter die Mediation eher wie eine evaluative Mediation [83] verstanden haben. Besonders die Revisionsinstanzen laufen Gefahr, die Mediation als eine Konzentration auf die Verhandlung von Rechtsfragen anzuwenden⁸³⁰. Nichts desto trotz ist eine evaluative Mediation auch eine Mediation. Die gegen die Richtermediation angeführten Argumente waren eher spekulativ. Die Ausbildungsdauer mag ein Indiz für mangelnde Kompetenz sein. Sie übersieht jedoch, dass den Richtern – im Gegensatz zu den Mediatoren – eine fast unbegrenzte Zahl an Fällen zur Verfügung stand, mit denen sie sich fortbilden konnten. Schließlich wird den Richtern vorgeworfen, sie könnten sich nicht aus ihrer autoritären Haltung befreien. Selbst wenn sie es könnten, wären die Parteien nicht in der Lage, den Richtermediator als Mediator wahrzunehmen. Auch dieses Argument ist spekulativ und mag sich auf Beobachtungen des Einzelfalls stützen. Viele Richter bekunden andere Erfahrungen⁸³¹.

[1025] Mit der Erweiterung ihres Produktportfolios um die Richtermediation wirkt sich die Justiz durchaus auf den Markt aus. Die Sorge, die gerichtsinterne Mediation könne der Mediation den Boden unter den Füßen entziehen, ist jedoch unbegründet. Die Richter leugnen eine Beeinträchtigung des Marktes. Sie argumentieren, dass die in Richtermediation oder nunmehr in die Güte-

⁸²⁹ So zB das Justizprojekt RP

⁸³⁰ Diese Behauptung ist keinesfalls belegt. Sie ergibt sich aus persönlichen Eindrücken des Herausgebers aus vielen Gesprächen und seiner Tätigkeit etwa als Gutachter.

⁸³¹ Erfahrungsberichte aus Gesprächen mit dem Herausgeber

richterverhandlung verwiesenen Fälle ohnehin schon gerichtsanhängig und nicht als solche angeworben seien. Der zu bearbeitende Fall sei damit schon dem Markt entzogen. Diese Auffassung greift zu kurz. Sie ignoriert die Tatsache, dass die in der Justiz durchgeführten Güterichterverhandlungen kostenlos durchgeführte Mediationen sind. Ein Rechtsanwalt, der seiner Mandantschaft zur Mediation raten will, wird ihr sagen müssen, dass die Mediation im Gericht nicht nur kostenfrei angeboten werde, sondern dass sie zugleich den Weg in eine Entscheidung eröffne. Im Fall des Scheiterns ist sie weniger riskant und kann schneller ablaufen. Schließlich könnte der Anwalt glauben, sich bei dem Richter beliebt zu machen, wenn er dessen Mediation und nicht die eines freien Mediators vorschlägt.

[1026] Als problematisch und sogar kontraproduktiv zu den eigenen Interessen der Justizverwaltung war das Verhalten der Gerichte zu bewerten, wo die Parteien im Verfahren ausschließlich auf die Möglichkeit der gerichtlichen Mediation hingewiesen wurden. Ein solches Verhalten beschreibt das Cross Selling. Bei einem Cross Selling wird die Nachfrage nach einem anderen aus dem bereits gekauften Produkt entwickelt. Kontraproduktiv ist dieses Verhalten, weil die Justiz bei dem Angebot der gerichtlichen Mediation einen erhöhten Personalaufwand hat, also definitiv keine Kosten spart. Um Kosten zu reduzieren, wurde in manchen Ländern die Richtermediation auf möglichst nur drei Stunden⁸³² be-

⁸³² Der Wert ergibt sich aus der sogenannten PEBŞY Untersuchung, mit der die Arbeitszeiten des Richters analysiert wurden. Wird

grenzt, was wiederum auf Kritik gestoßen war, weil die Qualität in Frage gestellt wurde. Während die Rechtsanwälte die Gerichtsmediation als Wettbewerbsfaktor fürchteten, fühlten manche Gerichte sich darauf angewiesen. Bei der zunehmenden Komplexität des Rechts und der subjektiv als überhöht empfundenen Pensenbelastung⁸³³ müssen sich die Richter mitunter in Vergleiche retten, um die Arbeit überhaupt bewältigen zu können.

[1027] Der Gesetzgeber hat das Problem zwar nicht gelöst. Der Streit⁸³⁴ um die Richtermediation wurde dennoch beigelegt, indem die gerichtsinterne Mediation – anders als noch im Regierungsentwurf - *nicht* in die gesetzliche Regelung aufgenommen wurde. Bis dato hatten die Richter die Zulässigkeit der Richtermediation aus einem rechtlichen Konstrukt hergeleitet, indem sie eine gesetzliche Regelungslücke annahmen und § 278 ZPO analog anwendeten. Nachdem der Gesetzgeber nunmehr *wissentlich* die gerichtsinterne Mediation *nicht* geregelt hat, kann niemand mehr von einer versehentlichen Regelungslücke ausgehen, wenn seine Suche nach Vorschriften über die gerichtsinterne Mediation vergeblich verläuft. Für eine Analogie besteht kein Raum.

Güterichter - Mediation

[1028] Unter der Flagge eines Güterichters wird der gerichtlichen Konfliktbeilegung eine größtmögliche Metho-

die Mediation in durchschnittlich weniger als drei Stunden abgewickelt, ließe sich die Personalkosteneinsparung nachweisen.

⁸³³ Reinelt (ZAP Kolumne), Seite 243

⁸³⁴ BR Pressemitteilungen 97 | 2012

denfreiheit eröffnet⁸³⁵. Es ist durchaus angebracht, den Güterichter als Unterfall der Gerichtsmediation zu subsummieren. Der Güterichter geht auf ein Modell zurück, das vor ca. 6 Jahren in Bayern als *Schlichtungsmodell* eingeführt worden war. Ausgangsüberlegung dort war der Bedarf nach einer „differenzierten Konfliktlösung“. „Die Justiz sieht sich vor der Aufgabe, anhängig gewordene Verfahren im Einzelfall auf den ihnen angemessenen Weg bestmöglicher Konfliktbewältigung zu lenken“, so die Projektbeschreibung⁸³⁶. Ziel der Justiz, so lautet die Schlussfolgerung, muss es deshalb sein, für eine einvernehmliche Beilegung geeignete Sachen möglichst frühzeitig zu identifizieren und die richterliche Schlichtungsbehandlung möglichst professionell und effektiv zu organisieren. Eine Schlüsselrolle sollte dabei die Güteverhandlung nach § 278 Abs. 2 ZPO einnehmen. Da dem Streitrichter als Schlichter und Mediator funktionsbedingt Grenzen gesetzt sind, sollte die Durchführung von Schlichtungsversuchen einem hierfür eigens ausgebildeten und zuständigen Richter als Güterichter übertragen werden.

[1029] Ob damit der Wettbewerbsvorteil eliminiert wurde, erscheint fraglich. Das Gegenteil mag der Fall sein:

- Mit der Einführung des Güterichters wurden die Anforderungen an eine richterliche Mediation herabgesetzt. Nicht einmal eine Ausbildung des Güterichters ist erforderlich. Ebenso ist eine Infrastruktur entbehrlich geworden, die bei einer

⁸³⁵ Ahrens (Mediationsgesetz und Güterichter) NJW 2012, 2465

⁸³⁶ Projektbeschreibung (Bayerisches Staatsministerium der Justiz)

gerichtsinternen Mediation z.B. eine strikte organisatorische Aktentrennung erfordert hätte. Der Aufwand zur Einführung des mediativen Prozesses im Gericht ist somit eher erleichtert worden, indem die Hürden zum Verweis in dieses Verfahren herabgesetzt wurden.

- Der Güterichter unterliegt nicht dem Mediationsgesetz. Er hat deshalb mehr Spielräume im Handeln. Er hat den Auftrag zu mediieren, kann also Mediation (wenn auch als Methode bezeichnet) anwenden.
- Sein Aktionsradius ist größer als der eines Mediators, sodass der Rechtsanwalt bei unveränderter Kostenlast sogar prüfen muss, ob er der Partei - aus Gründen der Kosten- und der Risikoverteilung nicht die Güterichterverhandlung als Mediationsersatz nahe legt. Ohne auf diese Möglichkeit hinzuweisen, könnte er sich haftbar machen, wenn er einen externen Mediator empfiehlt, obwohl ein Güterichter zur Verfügung steht. Um dies zu vermeiden, ist es notwendig, die Unterschiede auch in qualitativer Hinsicht zwischen dem Güterichter und dem Mediator herauszuarbeiten.
- Ein Cross-Selling in die Justiz hinein ist jetzt leichter als vorher.

[1030] Die Evaluation des Projektes durch *Greger* kommt zu folgendem Ergebnis⁸³⁷: „Der dem Modellversuch zugrunde liegende Gedanke der differenzierten Konflikt-

⁸³⁷ *Greger* (Abschlussbericht)

zuweisung wurde durch die Evaluation in seiner Richtigkeit und Bedeutung bestätigt. Seine Umsetzung setzt voraus, dass alle Zivilrichter sich der Möglichkeiten und Methoden der Konfliktbehandlung bewusst sind und erkennen können, welcher Weg im konkreten Fall eröffnet werden soll. Es stehen folgende Wege zur Wahl, über die in der Güteverhandlung nach § 278 Abs. 2 ZPO, in klaren Fällen bereits davor, zu entscheiden ist:

1. Die kontradiktorische mündliche Verhandlung.
2. Ein gesonderter Gütetermin des Prozessgerichts mit kommunikationsfreundlichen Rahmenbedingungen.
3. Eine Güteverhandlung bei besonders geschulten Güterichtern.
4. Die Verweisung auf ein externes Schlichtungsverfahren.

[1031] Bedenken bestehen gegen den Aufbau eines justiz-internen Mediationsangebots. Wo eine vom Güterichter nicht leistbare Mediation indiziert ist, sollten die Parteien grundsätzlich an externe Mediatoren verwiesen werden. Voraussetzung ist, dass die Leistbarkeit von Mediationen im jeweiligen Mediationsmodell [81] innerhalb und außerhalb der Justiz vor allem in ihren Schnittstellen erkannt wird.

[1032] Die Tätigkeit des Güterichters ist, anders als die gerichtinterne Mediation, dem Rechtsprechungsbereich zuzurechnen. Diese Auffassung ist jedoch streitig. *Röthemeyer* geht davon aus, dass die Ausführungen in

der Begründung zum Gesetzesentwurf⁸³⁸, wonach es sich bei der gerichtlichen Mediation um eine *richterliche Tätigkeit eigener Art* handle, welche die Streitentscheidung als Kernelement der Rechtsprechung nicht enthalte, auch für den Güterichter gelten müsse⁸³⁹. Der Gesetzesentwurf leitet diese Schlussfolgerung in seiner Begründung lediglich auf ein Zitat *Eidenmüllers*⁸⁴⁰ zurück. Weil es die Hauptaufgabe der Mediatoren sei, *ohne eigene Entscheidungsbefugnis* die Parteien dabei zu unterstützen, *selbst* ihre eigenen Interessen herausarbeiten, wird ohne weitere Ausführungen unterstellt, dass dies eine richterliche Tätigkeit darstelle. Übersehen wird, dass eine Mediation nicht deshalb zu einer richterlichen Tätigkeit wird, weil sie als *richterliche* Mediation bezeichnet wird. Insoweit gelten die Ausführungen zum Anwaltsmediator in gleicher Weise [281]. Mediation ist Mediation. Sie bleibt es unabhängig davon, wer sie ausführt. Ob und inwieweit es vor dem Hintergrund unserer Verfassung überhaupt einen „Richter eigener Art“ ohne eine Verfassungsänderung geben kann, wird im Kapitel „Zur Verfassungslage“ erörtert [1041]. Nach dem reinen Gesetzeswortlaut, nimmt der Güterichter nach § 278 Abs. 1 u. 5 S. 1 ZPO die Aufgabe eines erkennenden Richters zur gütlichen Beilegung des Rechtsstreits wahr. Wenn er sich hierbei mediationstypischer Rahmenbedingungen und Techniken bedient, und versucht, andere (bereits anhängige oder drohende) Rechtsstreitigkeiten durch grundle-

⁸³⁸ BT-Drucksache 17/5335, 20 ff.

⁸³⁹ *Röthemeyer* (Güterichterkonzept), S. 117

⁸⁴⁰ Zitiert wird: „vgl. nur Eidenmüller, Mediation in der Anwaltspraxis, 2. Auflage, § 2 Rn. 25 und 27“. BT-Drucksache 17/5335, S. 14

gende Konfliktlösungen mit zu erledigen, verlässt er diesen Bereich nicht⁸⁴¹.

[1033] Der Unterschied zwischen dem Güterichter und dem Richtermediator ist vornehmlich ein formal rechtlicher. Der Güterichter setzt auf ein bereits existierendes Verhandlungselement, nämlich die Güteverhandlung auf. Die daraus folgenden verfahrensrechtlichen Konsequenzen ergeben sich aus der Kommentierung zu § 278 ZPO [1112].

Gerichtsintegrierte Mediation

[1034] Vor dem Hintergrund der Methodenmischung beim Güterichter bekommt das Mediationsmodell [81] der integrierten Mediation [104] eine zunehmende Bedeutung. Ihre Containertheorie [114] beschreibt den methodischen Umgang sowohl mit der Mediation als Verfahren wie der Mediation als Methode. Die gerichtsintegrierte Mediation ist *eine* Ausprägung der integrierten Mediation und nicht mit dem gleichnamigen Mediationsmodell zu verwechseln. Sie ergänzt die Möglichkeiten der mediativen Konfliktbeilegung im Gericht. Sie ist keine Mediation im engen Verständnis und soll hier nur der Vollständigkeit halber erwähnt sein. Das Konzept wurde im Zeitraum ab 2004 in Rheinland-Pfalz evaluiert. Ausgangsbasis war die Idee, die Mediation auch dort möglich zu machen, wo die Parteien dazu weder bereit noch in der Lage sind. Bei der gerichtsintegrierten Mediation bildet der Richter eine Brücke in das mediative Verhandeln, dessen Ziel es ist, am Ende eine reine Mediation [115] zu

⁸⁴¹ Greger (Abschlussbericht), S. 123

ermöglichen. Um dies zu erreichen, wendet er nicht nur Techniken der Mediation an, sondern deren Methoden – ganz wie der Güterichter – nur mit dem Unterschied, dass er nicht auf ein isoliertes Verfahren im geschützten Container zurückgreifen kann und dass er mit den unterschiedlichen Rollen des Richters, des Schlichters und des Mediators zurecht zu kommen hat⁸⁴². *Neuert*, der die Evaluation dieses Modells durchgeführt hat, konnte nachweisen, dass sich die Ausgangshypothese bewährt hat und dass der Einsatz des Konfliktregelungskonzepts „Integrierte Mediation“ die sozialpsychologische und ökonomische Effizienz von Gerichtsverfahren in Familienangelegenheiten sowohl in prozessualer als auch in ergebnisbezogener Hinsicht im Vergleich zu den „klassischen Verfahren“ signifikant erhöht hat⁸⁴³.

Das Rechtssystem

[1035] Die Justiz ist eine auf der Gewaltenteilung aufbauende *staatliche Macht*. Schon hier ergibt sich der erste Widerspruch zur Mediation, denn die Mediation ist *keine* Form einer irgendwie gearteten Machtausübung [175]. Sie sollte es wenigstens nicht sein, auch wenn sie ihr gefährlich nahe kommt. Ihre Nähe zur Macht wird in dem nunmehr präferierten Mediationskonzept und gemessen an Art. 1, also dem MediationsG und in den Art. 2 bis 6 und 8 des Mediationsförderungsgesetzes noch deutlicher

⁸⁴² Wegen evtl. Einschränkungen und Grenzen die durch den Grundsatz der Vertraulichkeit und der Freiwilligkeit auftreten können soll an dieser Stelle auf *Trossen* (Mediation visionär) verwiesen werden.

⁸⁴³ Wikipediation (Sozio-ökonomische Analyse der Integrierten Mediation)

etabliert. Diese Vorschriften enthalten ebenso unauffällige wie gravierende Änderungen in Prozessvorschriften, wovon lediglich die Strafgerichtsbarkeit ausgenommen wurde. Die Einbeziehung eines privatautonom zu legitimierenden Verfahrens in den staatlichen Machtapparat wirft ganz grundlegende Fragen der Ausgestaltung aller Prozessordnungen und damit der Ausgestaltung des Rechtsprechungssystems insgesamt bis hin zur Gewaltenteilung auf.

Zur Verfassungslage

[1036] Zur Darlegung der verfassungsrechtlichen Problematik soll zunächst exemplarisch nur die Vorschrift des § 278 Abs. 5 ZPO herangezogen werden, da die Prozessvorschriften der anderen Gerichtsbarkeiten in den weiteren Artikeln entsprechend mitverändert wurden. Lediglich im FamFG wurde eine Ergänzung vorgenommen, die besonders zu besprechen ist [1185]. Abhängig davon, wie der Rechtsstatus des Güterichters einzuschätzen ist, stößt der § 278 Abs. 5 ZPO in der am 26.07.2012 in Kraft getretenen Form auf verfassungsrechtliche Bedenken. Ein nicht entscheidungsbefugter, *sogar gegenüber der eigenen fallbearbeitenden Justiz* vertraulicher Richter, jedenfalls wäre ein absolutes Novum. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG besagt: „Niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden“. Genau das könnte auf den Güterichter zutreffen. Es ist eine formale Sicht, die dadurch zustande kommt, dass die Güterichterverhandlung nunmehr keine Angelegenheit der Gerichtsadministration sein soll, wie es noch der Richtermediator für sich interpretiert hat. Sie ist ein Teil des Gerichtsverfahrens, das interimsmäßig

von jemandem geführt wird, dessen Tätigkeit von der Rechtsprechung abgekoppelt sein soll.

[1037] Es ist durchaus zu hinterfragen, ob der nicht erkenntnisbefugte Güterichter des § 278 Abs. 5 ZPO, überhaupt ein Richter im Sinne der Verfassung sein kann. Eine Legaldefinition für den Richter gibt es weder im GG noch im GVG. Das Bundesverfassungsgericht hat bereits 1969 klar gesagt: **„Art. 97 Abs. 1 GG gilt für sämtliche Personen, die Rechtsprechung ausüben – Berufsrichter wie ehrenamtliche, Bundes- wie Landesrichter“**⁸⁴⁴. Die richterliche Pflicht zur Rechtsprechung ergibt sich aus Art. 20 Abs. 2. GG, der bestimmt, dass die durch Wahlen vom Volk ausgehende Staatsgewalt durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt wird. Art. 92 Abs. 1 GG. besagt: „Die rechtsprechende Gewalt ist den Richtern anvertraut; sie wird durch das Bundesverfassungsgericht, durch die in diesem Grundgesetze vorgesehenen Bundesgerichte und durch die Gerichte der Länder ausgeübt. Als Teil der Rechtsprechung ist der Richter nach Art. 20 Abs. 3 GG an Recht und Gesetz gebunden. Somit hat ein Richter die Aufgabe, Recht zu sprechen. Nichterkennende Richter sind der ZPO nicht unbekannt. Sowohl der ersuchte, wie der beauftragte Richter sind nicht zur Entscheidung des Falles berufen. Beide sind jedoch ein Teil der Rechtsprechung und arbeiten dem erkennenden Gericht und mithin der Rechtsfindung zu.

⁸⁴⁴ BVerfGE vom 11.Juni 1969, B. 26, S. 186 (201).

[1038] Die ordentliche Gerichtsbarkeit wird nach § 12 GVG durch die Gerichte ausgeübt. Auch in Art. 16 GVG wird der in Art 101 GG bestimmte Grundsatz nochmals festgehalten: „Ausnahmerichter sind unstatthaft. Niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden.“ (Art. 16 GVG). Die Richter werden über Planstellen den einzelnen Gerichten zugewiesen. Sie werden zum **gesetzlichen Richter** über die Regeln der §§ 21 a ff. GVG. Zunächst wird ein Präsidium gewählt. Dann gilt § 21 e GVG: „(1) Das Präsidium bestimmt die Besetzung der Spruchkörper, bestellt die Ermittlungsrichter, regelt die Vertretung und verteilt die Geschäfte. ...“. Somit können nur Richter Spruchkörpern angehören und der gesetzliche Richter ist der, den der Geschäftsverteilungsplan nach klar definierten Kriterien (z.B. Buchstaben des Namens des Klägers ...) vorsieht.

[1039] Nur ein gesetzlicher Richter kann eine Aufgabe der Rechtsprechung vollziehen. *Keinesfalls* ist die Mediation, auch wenn sie durch einen Richter durchgeführt wird, eine richterliche Aufgabe. Ebenso, wie sie keine anwaltliche Tätigkeit ist [281]. Nichts anders kann gelten, wenn die Methode der Mediation als Mediation verstanden wird und wenn der Güterichter die Methode der Mediation anzuwenden hat. Dann liegt seine Funktion außerhalb der *rechtsprechenden* Tätigkeit und wird ebenso wie beim Richtermediator von der Verfassung nicht gedeckt. Andererseits kann die Mediation durchaus über die Lösungsfindung auch zur Rechtsfindung beitragen. Ihr Spannungsverhältnis ergibt sich somit aus der Beziehung von lösungsbasierter Rechtsfindung und rechtsbasierter Rechtsprechung. **Die Rechtsfindung ist stets eine An-**

gelegenheit der Privatautonomie und deshalb außerhalb des hoheitlichen Handelns angesiedelt [212]. Die Rechtsprechung hingegen ist hoheitliches Handeln. Der unverdächtig erscheinende Hinweis des Gesetzgebers, der Richter soll auf eine gütliche Beilegung hinwirken, ist mit § 278 Abs. 5 in der nunmehr vorliegenden Fassung zu einem Ziel erklärt worden, das dem hoheitlich ausgerichteten Rechtsprechungssystem fremd ist. Hoheitliches Handeln bedarf der überprüfbaren Kontrolle und Transparenz. Deshalb sagt *Krämer* in seiner Stellungnahme als Gutachter zur öffentlichen Anhörung des Rechtsausschusses: „Die Parteien können nämlich den *gesetzlichen Richter* nicht in der Weise aushebeln, indem sie in kollusivem Zusammenwirken mit einem *Richtermediator* oder ersuchten / beauftragten *Güterichter* das gesamte Verfahren intransparent und unter Ausschluss der Öffentlichkeit, aber unter dem Dach der Justiz – *ohne an Recht und Gesetz gebunden zu sein* – stattfinden lassen. Denn der an Recht und Gesetz gebundene gesetzliche Richter steht nach höchstrichterlicher Rechtsprechung nicht zur Parteidisposition⁸⁴⁵ mit dem Ziel, unter dem Dach der Justiz den Anschein zu erwecken, als handle es sich bei der gerichtsinternen Mediation um ein rechtsstaatlichen Grundsätzen folgendes Verfahren, während dieses sich de facto intransparent und kontrollfrei im rechtsfreien Raum bewegen soll“⁸⁴⁶. Wenn die Mediation als gerichtsadministrativer Akt verstanden wird, wird sie

⁸⁴⁵ vergl. BGH Urteile vom 19. Oktober 1992 – II ZR 171/91 – NJW 1993, 600 f; vom 25. Januar 2000 – VII ZR 32/99 – NJW 2001, 1357 und vom 16. Oktober 2008 – IX ZB 183/06 – ZIP 2009, 91, 93

⁸⁴⁶ *Krämer* (Stellungnahme)

der rechtsprechenden Gewalt entzogen und der Exekutiven unterstellt. Die Gewalten der Judikatur und der Exekutiven müssen gegeneinander abgegrenzt sein. Das Streitige Verfahren ist der einzige Raum, der dem Richter Unabhängigkeit garantiert und in den die Exekutive nicht direkt eingreifen kann. Dass die Unterstellung der Gerichtsadministration überhaupt angedacht werden kann, bekräftigt die in Deutschland eigentümliche Durchbrechung des Gewaltenteilungsprinzips⁸⁴⁷. *Bohnet* weist auf diese Gefahren und die mangelnde Erörterung dieser grundlegenden Frage in der Begründung zum Gesetzentwurf, bzw. der Beschlussempfehlungen hin⁸⁴⁸. Die praktischen Auswirkungen auf den Status des Güterichters werden im Zusammenhang mit Art 2 auch im Hinblick auf die verfassungsrechtlichen Fragen dargestellt.

[1040] Dass eine Regelung wie im § 278 Abs. 5 ZPO gegen Art. 101 GG verstoßen würde, war auch bei der Analogiebildung zur Herleitung des Richtermediators schon bekannt. Nicht zuletzt deshalb hat man die Tätigkeit des Richtermediators nicht als eine hoheitliche, rechtsprechende Tätigkeit, sondern als eine solche der Gerichtsadministration verstehen wollen. Trotzdem hatten viele Richtermediatoren Bauchschmerzen, wenn es darum ging, zum Beispiel eine Vereinbarung mit den Parteien über ihre Verschwiegenheitsverpflichtung zu treffen [1165]. Es soll sogar vorkommen, dass Güterichter sich selbst zur Verschwiegenheit verpflichten⁸⁴⁹. Ge-

⁸⁴⁷ Wikipedia (Gewaltenteilung),

⁸⁴⁸ *Bohnet* (Güterichter als Rechtsbrecher?) und *Bohnet* (Mediation in der Resteverwertung)

⁸⁴⁹ Dies wurde dem Herausgeber in Gesprächen berichtet.

schiebt dies im Namen des Volkes, des Dienstherrn oder aufgrund eigener Herrlichkeit und über die Grenzen der Amtspflicht hinaus?⁸⁵⁰ Bei allem Enthusiasmus und Engagement für die Mediation sollte es nicht übersehen werden, dass die Mediation Werte zwar hinterfragt, aber durchaus anerkennt. Die Rechtsstaatlichkeit ist ein hohes Gut und ein Wert, den es zu respektieren gilt, ebenso wie die Privatautonomie. Es sollte nicht die Mediation sein, die sowohl den einen wie den anderen Wert in Frage stellt. **Je mehr die Mediation die Grenzen zwischen hoheitlichem, staatlichem Handeln und privatem Handeln vermischt, desto deutlicher muss sich die staatliche Verantwortung abgrenzen.** Wenn der Gesetzgeber die Verantwortung zur Regelung der Mediation nicht nur übernommen hat, sondern sie auch zur staatlichen Aufgabe erklärt, dann kann dies leicht zu einer Grenzüberschreitung führen und als solche verstanden werden. Es ist eine politische Entscheidung, die es nicht zu beanstanden gilt. Zu beanstanden ist es aber, wenn die Grenzen unklar bleiben, gesetzlich nicht legitimiert und festgelegt sind und wenn es zu Verwischungen kommt.

☞ Gewalten deutlich gegeneinander abgrenzen

[1041] Nicht zuletzt auch im Interesse der systemischen Klarheit und zur Vermeidung von Konflikten und Missverständnissen sind klare Verhältnisse zu schaffen. Die Grenzen zwischen privatem und hoheitlichem Handeln sind offen zu legen und gegenseitig zu respektieren. Die

⁸⁵⁰ Gemeint sind Amtsverfahren, wie Kindschaftssachen, Sozialgerichtsverfahren oder Verwaltungsgerichtsverfahren.

Mediation als ein Klärungsprozess hat die Aufgabe, Widersprüche und Lücken aufzudecken und eine Auseinandersetzung darüber auszulösen. Es ist nicht ihre Aufgabe, die Probleme zu lösen. Das ist die Aufgabe der Medianten. Rechtsauslegung ist keine Angelegenheit der Mediation. Es ist eine Angelegenheit des Rechts. Somit hat jeder Richter, der vor der Entscheidung steht, eine Verweisung nach § 278 Abs. 5 ZPO (oder einer der anderen, entsprechenden Vorschriften) an den Güterichter vornehmen zu wollen, zu prüfen, wie weit er die Methode der Mediation mit seiner hoheitlichen Aufgabe vereinbaren und anwenden kann und inwieweit sie wegen Art. 100 Abs. 1 GG als Teil der Rechtsprechung einzuschränken ist. Gegebenenfalls mag er das Verfahren aussetzen, um per Richtervorlage eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts herbeizuführen. Konkrete Auswirkungen ergeben sich im Zusammenhang mit den Amtsermittlungsverfahren. Wenn der Güterichter sich berufen fühlt, Tatsacheninformationen zu missachten und damit sogar die Rechtsfindung vereitelt, bewegt er sich nicht nur *außerhalb* der Rechtsprechung, er negiert auch den staatlichen Auftrag der Justiz zur Rechtswahrung. Hierfür bedarf es einer klaren gesetzlichen und verfassungskonformen Ermächtigung. Die Voraussetzungen zur Vorlage beim Verfassungsgericht dürften gegeben sein, denn eine Verweisung, die den Streitparteien (in dem Fall die amtspflichtige Partei) in einem Verfahren, das einen gesetzlichen Richter erwartet, der sich der Rechtsprechung entzieht, ist ein wichtiger Grund nach Art. 101 GG.

Zustandekommen

[1042] Der Gesetzgeber wollte mit § 278 Abs. 5 ZPO (und in den anderen Prozessordnungen) erreichen, dass Mediationen von Richtern auch im Rahmen der Ausübung ihres Richteramtes, durchgeführt werden können. Dass die Rolle der Justiz dabei in Frage steht, konnte man von Anbeginn der Gesetzgebung an erkennen. So hob zum Beispiel *Prütting*⁸⁵¹ hervor, dass die gerichtsinterne Mediation durch „einen *anderen* Richter“ als „einen ... des vom Kläger angerufenen Gerichts“ als vom Gesetz nicht gedeckt ein „Schritt in die falsche Richtung“ sei. Formal hielt er allerdings eine Mediation durch den zur Entscheidung berufenen Richter für zulässig. Diese Ansicht kollidiert nach überwiegender Auffassung allerdings mit dem Grundgedanken der Mediation⁸⁵². Es scheint, als wäre das eine nur auf Kosten des anderen möglich. Ähnlich argumentieren auch *Krämer/Lindner* in einem Artikel vom 16.05.2009 „Justiz nach Gutsherrenart“⁸⁵³ mit zahlreichen weiteren Verweisen. „Ohne entsprechende Verfassungsänderung kann der gesetzliche Richter nicht partiell im Rahmen der „gerichtlichen Mediation“ von der Bindung an Gesetz und Recht freigestellt werden“⁸⁵⁴. Dies dürfte einhellige Meinung der Fachwelt sein. Es ist nur sehr schwer verständlich, warum der Gesetzgeber nicht auf die verfassungsrechtlichen Fragen eingegangen

⁸⁵¹ Prütting/von Olenhusen, Deutsche Richterzeitung 2009, S. 361, 360

⁸⁵² Die integrierte Mediation hat ein Konzept entwickelt, das beide Sphären reibungsfrei miteinander in Verbindung bringt.

⁸⁵³ <http://www.nrhz.de/flyer/beitrag.php?id=13791> – dl:06.08.12

⁸⁵⁴ <http://www.nrhz.de/flyer/beitrag.php?id=13791> – dl: 06.08.12

ist. Weder der Referentenentwurf⁸⁵⁵ noch der Gesetzesentwurf mit der Beschlussvorlage des Rechtsausschusses⁸⁵⁶ und auch nicht die Beschlussvorlage des Vermittlungsausschusses⁸⁵⁷ setzten sich mit diesen Fragen auseinander. Ähnlich wie bei der Anwaltschaft versucht man ein Novum mit hergebrachten Grundsätzen zu rechtfertigen. **Man mag akzeptieren, dass die Mediation weder eine anwaltliche noch eine richterliche Tätigkeit ist.** Auch wenn sie beiden Tätigkeiten zu Nutzen kommt, ist sie etwas Anderes [175]. Nicht mit dem MediationsG selbst, sondern mit den Änderungen der Prozessordnungen, entsprechend den Art 2 ff des Mediationsförderungsgesetzes hat der Gesetzgeber Fragen über die Grundprinzipien der richterlichen Tätigkeit als eine Konvention unseres Rechtsprechungssystems aufgeworfen. Dies geschah ohne parlamentarische Diskussion. Der nunmehr (letztendlich aus finanzieller Not) erfolgende faktische Umbruch kann durchaus mit dem Zustand verglichen werden, der vor 1748 in Deutschland geherrscht hat und könnte, ja müsste wohl, mit einer grundlegenden Neufassung der Prozessordnungen enden.

[1043] Damals herrschten ähnlich schwierige Zustände, die allerdings hauptsächlich von den Advokaten verur-

⁸⁵⁵ <http://bohnet-mediation.de/downloadsfree/referentenentwurf.pdf> dl: 07.08.12

⁸⁵⁶ Gesetzesentwurf mit Beschlussvorlage: <http://bohnet-mediation.de/downloadsfree/gesetzentwurfbeschlussempfehlung.pdf> dl: 07.08.12

⁸⁵⁷ Beschlussempfehlung des Vermittlungsausschusses: <http://bohnet-mediation.de/downloadsfree/2012-06-27%20Vermittlungsausschuss%20Beschluss%20Mediation.pdf> dl: 07.08.12

sacht wurden. Diesen wurde vorgeworfen, dass sie den gemeinrechtlichen Formalismus des Codex Fridericianus „missbräuchlich und schikanös“ ausübten. Nach der neuen Prozessordnung wurden daher die Advokaten durch amtliche Assistenzräte ersetzt, und es wurde ihnen die Aufgabe übertragen, „als *Beistände und Gehülfen des Richters an der Erforschung der Wahrheit*“ mitzuwirken⁸⁵⁸. Letztendlich entstand daraus die „Allgemeine Gerichtsordnung für die Preußischen Staaten (AGO)“⁸⁵⁹, bekannter als „Preußisches Landrecht“, das bis zur Einführung der ZPO (damals noch „Civilprozeßordnung“ genannt) galt. Gegen Ende des 19. Jahrhunderts wurde eine grundlegende Reform erforderlich, da u.a. die geltenden Prozessordnungen in den verschiedenen, zersplitterten Landesteilen einer Vereinheitlichung bedurften. Oberste Grundsätze für die neue Zivilprozessordnung waren: Mündlichkeit, Unmittelbarkeit und Öffentlichkeit.

[1044] Der Gedanke, dass der Prozess eine „soziale Aufgabe“ habe, „war der CPO 1877 noch fremd.“ Diese „Erkenntnis“ kam erst, als sich wirtschaftliche Schwierigkeiten einstellten. „Unter dem Druck der wirtschaftlichen Not in der Zeit des 1. Weltkriegs und der Nachkriegszeit setzte sich verstärkt die Erkenntnis durch, dass der Staat gerade auch auf dem Gebiet der streitigen Gerichtsbarkeit neben der eigentlichen streitentscheidenden Rechtsprechung die **Pflicht zur vermittelnden, prozessverhindernden Tätigkeit** hat“⁸⁶⁰. Ob man nun diese Entwicklung begrüßt, oder auch nicht, mag hier dahin ge-

⁸⁵⁸ Erler & Kaufmann (Rechtsgeschichte) S. 1744

⁸⁵⁹ a.a.O. S. 1745

⁸⁶⁰ Leipold (ZPO), § 279 I, Rn.: 2

stellt sein. Es kann aber nicht angehen, dass einem Richter, dessen erste (und mehr oder weniger einzige) Pflicht es ist, Recht zu sprechen, die Aufgabe aufzuerlegen, dieses nicht zu tun. Eine prozessverhindernde Tätigkeit“ kann nur **außerhalb** eines Prozesses stattfinden. Wenn ein Prozess rechtshängig ist, kann er als solcher nicht mehr verhindert werden. Diesmal ist es der Gesetzgeber, der mit der Einführung des Güterichters eine Situation geschaffen hat, die entweder eine grundlegende Änderung des Verfassungs- und Rechtsprechungssystems oder wenigstens eine klare Grenzziehung zwischen dem Einen und dem Anderen erforderlich macht. Nicht mit dem MediationsG wurde juristisches Neuland betreten (wie allenthalben betont wurde), sondern so ganz nebenbei mit der Neufassung des § 278 Abs. 5 ZPO (und der anderen entsprechenden Vorschriften).

[1045] Die Idee, dass der Prozess auch die Aufgabe hat, allseitig menschliche Bedürfnisse zu befriedigen, kommt mit der Mediation auf. Es ist zu begrüßen, wenn sich die Rechtsprechung den Bedürfnissen der Menschen öffnet und diese in den Mittelpunkt stellt. Nicht zu begrüßen ist es, wenn dies auf Kosten des Selbstverständnisses der Justiz erfolgt, wenn Werte in Frage gestellt werden und wenn die systemische und rechtliche Klarheit dafür geopfert wird. Bei innerbetrieblichen Konflikten zählen die aus einer systemischen Unklarheit resultierenden Irritationen zu den wesentlichen Konfliktursachen.

✍ Verfassungskonforme Definition des Richters

Das Streitsystem

[1046] Vom Rechtssystem ist das Streitsystem zu unterscheiden. Hier sind verschiedene Perspektiven und Sichtweisen angebracht. Zu differenzieren ist die Sicht der Betroffenen, die der Professionen und die der Institutionen, wozu auch der Staat und die Justiz zählen sollen. Für den Betroffenen kommt es (lediglich) darauf an „zu seinem Recht zu kommen“. Das wird jedenfalls behauptet. Recht ist dabei ein Synonym für das was „richtig“ ist. Richtig bedeutet „fehlerfrei, der realen Gegebenheit entsprechend“, aber auch „für jemanden am besten geeignet, passend“⁸⁶¹. In dem Begriff fallen somit subjektive und objektive Kriterien zusammen, nicht zu schweigen von emotionalen Aspekten, die sich aber weniger auf die Fragestellung als auf den Umgang damit herleiten lassen. Die Beurteilung der Frage, was richtig und falsch ist, erfolgt somit aus mehreren, ganz unterschiedlichen Dimensionen, die sich auch noch dadurch erweitern, wenn die unterschiedlichen Sichten der Akteure einbezogen werden. In der konventionellen Praxis – oder besser gesagt: im konventionellen Denken – werden die Dimensionen nicht getrennt. Man versucht, die Komplexität auf einer Sachebene abzuwickeln. In der Mediation ist es eine der herausragenden Kompetenzen des Mediators, die Dimensionen der Komplexität nicht nur zu erkennen, sondern auch getrennt wahrzunehmen und zurück zu melden⁸⁶². Es ist als ein Mediationsfehler anzusehen, wenn

⁸⁶¹ Duden (richtig)

⁸⁶² *Trossen* (präzises Zuhören)

der Mediator diese gedankliche Leistung nicht zur Verfügung stellt.

✎ Mediator trennt keine Komplexitätsdimensionen

[1047] Im Zweifel haben die Parteien selbst schon versucht, eine Lösung auf dem kooperativen Weg zu finden. Nachdem sie den jeweiligen Gegner nicht überzeugen konnten, suchen sie nach anderen Wegen, ihre Ansprüche durchzusetzen. Das ist die naheliegende Konsequenz. Die Konfrontation bietet sich als ein anderer Weg an. Hier ist es möglich, den eigenen Standpunkt mit (staatlicher) Macht durchzusetzen. Festzuhalten ist, dass sowohl die vorausgegangene Kooperation wie die nachfolgende Konfrontation durch ein Positionsdenken im Nullsummenspiel geprägt ist.

Eskalationsspirale

[1048] Die Positionen werden als richtig beschrieben, wobei das Richtige die Merkmale fehlerfrei und zweckgerichtet in sich trägt. Die Rechtsanwälte greifen das vermeintlich Richtige auf und verfestigen damit die Positionen der Parteien, indem sie ihnen helfen, zu ihrem Recht zu kommen. Sie bezeichnen sich als Interessenvertreter, verwechseln jedoch allzu oft die Interessen mit den Positionen [35]. De facto sind sie Positionsvertreter. Jetzt beginnt ein interaktiver Prozess, der, wenn der Rechtsanwalt nicht behutsam kommuniziert, ohne weiteres in eine Eskalation ausartet. Von außen betrachtet geht das so weit, dass Mediatoren fälschlicherweise behaupten, die Subsumtion sei eine Methode der Streiteskalation⁸⁶³.

⁸⁶³ Wikipediatio (Subsumtion)

Tatsächlich ist es nicht die Subsumtion, die zur Eskalation führt, sondern der Umgang mit der Problemstellung und die dahinter verborgene Art des Denkens. Man versucht, den sich aus den widerstreitenden Positionen ergebenden Widerspruch im logischen Entscheidungsdenken zu lösen, ohne die Mehrdimensionalität von richtig und falsch im Blick zu haben. Ein solches Denken legt ein Entweder – Oder nahe. Wieder zeigt es sich, wie sehr das Denken zur Grundlage des Handelns wird.

[1049] Mit der Konfliktevolution von *Schwarz* werden die strategischen Schritte beschrieben, die jeder Mensch bei einer Konfliktabwicklung durchläuft⁸⁶⁴. Der Gang ans Gericht entspricht dort der Delegation. Er ist eine Folge von strategischen Optionen zur Konfliktbeilegung die zuvor ergriffen wurden (oder nicht) und als wenig erfolgversprechend eingeschätzt wurden.

[1050] Die kooperativen Strategien zur Konfliktbeilegung wie Kompromiss und Konsens stellen sich konsequenterweise als Folge des Scheiterns der konfrontativen Strategien her. Das bedeutet, dass die Partei in dem Moment eigene Initiativen zur Konfliktbeilegung unternimmt, wenn das Gericht nicht mehr in die Konfliktplanung passt. Diese strategische Sicht erläutert, warum die Mediation nicht unbedingt eine Alternative ist, sondern die Konsequenz einer weniger effizienten Delegation. Ein der Delegation folgender Kompromiss bewegt sich noch immer in der Entweder-oder-Logik. Er ist somit ein Teil des Nullsummenspiels. Erst der danach folgende Konsens verlässt das Nullsummenspiel. Erst jetzt verändert

⁸⁶⁴ Schwarz (2001), S. 263, S. 217 f

sich das Denken hin zu einem dialektischen Denken, das ein Sowohl-als-auch ermöglicht und Teil eines Positivsummenspiels ist.

[1051] Die Lehre der Konfliktevolution erläutert auch, warum es so schwer fällt, die Schlichtung im *Vorfeld* des Gerichtsverfahrens zu erzwingen. Sie würde die Evolutionsstufen überspringen. Eine Bereitschaft zum Kompromiss oder zum Konsens ergibt sich dieser Logik folgend erst, wenn die vorangegangenen Evolutionsstufen als unwirksam erweisen. Konsensuale Lösungen sind dagegen auch dann nicht möglich, solange sich Parteien im Nullsummenspiel befinden. Das Nullsummenspiel erfordert eine Konfrontation. Der Wechsel zur Mediation, die als ein Positivsummenspiel (Nicht-Nullsummenspiel, kooperativer Wettbewerb) ausgestaltet ist, setzt deshalb die Erkenntnis der Parteien voraus, dass die Lösung im Nullsummenspiel nicht möglich oder weniger nützlich ist. Wer sonst als der erkennende Richter kann dies am besten beurteilen? Eigentlich sollte der Rechtsanwalt dazu in der Lage sein. Die Veränderung des Rechts und des Umgangs mit dem Recht, die zunehmende Arbeitsbelastung und Komplexität, machen es immer schwieriger, klare Aussagen über Rechtsfragen zu treffen. Statt ins Gesetz zu schauen, muss der Rechtsanwalt Entscheidungen suchen. Das Case Law schleicht sich auf diesem Wege auch in Deutschland ein. Wen wundert es also, wenn die Professionen die Mediation als eine Entlastung verstehen.

Notwendigkeit eines isolierten Verfahrens

[1052] Dass die Mediation als ein isoliertes Verfahren vorgegeben wird, hat einen strategischen Grund. Solange sich die Parteien in einem Nullsummenspiel befinden, gehen sie davon aus, dass der Gewinn (nur) auf Kosten des Verlierers möglich ist. In einem solchen Setting (Rahmen) bildet jede Form der Kooperation ein strategisches Risiko. Strategisch gesehen, würde eine Kooperation zwischen den Parteien innerhalb der Konfrontation erschwert, wenn nicht sogar ausgeschlossen. Die Mediation verwertet die Erkenntnisse der Spieltheorie, indem sie eine einfache und geniale Lösung anbietet. Sie beschreibt, wie dieser Strategiewechsel von der Konfrontation in die Kooperation innerhalb eines Nullsummenspiels möglich ist. Sie wechselt einfach das „Spiel“, indem sie einen (isolierten) Rahmen vorgibt der eine Kooperation nahe legt und möglich macht. In einem anderen als dem sich aus dem Nullsummenspiel abgegrenzten Rahmen lässt sich das zur Mediation passende Kommunikationsmodell [74] strategisch besser herstellen. Die integrierte Mediation hat übrigens eine Migrationsstrategie entwickelt, die einen Wechsel von Konfrontation in die Kooperation auch innerhalb der Konfrontation möglich macht⁸⁶⁵, so dass sich die Notwendigkeit eines nicht entscheidungsbefugten Dritten relativiert [706].

Notwendigkeit der Navigation

[1053] Die Sicht auf die Optionen der Konfliktbeilegung ist eher formal geprägt. Die Optionen werden in Verfahren

⁸⁶⁵ Wikipediation (Migrationsstrategie)

präsentiert, die mit zunehmender Vielfältigkeit immer schwieriger gegeneinander abzugrenzen sind. Die Partei braucht eine Unterstützung, um sich zu Recht zu finden. Ihr muss erläutert werden, welche Möglichkeiten es gibt und wie sie zu ergreifen sind. Für die Partei sind also zwei zentrale Fragen zu klären:

1. Wie sind die Erfolgchancen bei Gericht?
2. Welche Verfahren könnten anderenfalls den Erfolg herbeiführen?

[1054] Der singuläre Weg in das Gericht ist nicht mehr das Naheliegende. Wenn es um die Konfrontation geht, sind die Rechtsanwälte meist die erste Anlaufstelle. Mithin sind sie die berufenen Navigatoren. Das Gleiche gilt für jede andere Instanz, die sich als erste Anlaufstelle präsentiert. Weil die jeweilige erste Anlaufstelle durchaus eigene Interessen verfolgt und die ihr naheliegenden Kompetenzen einzusetzen weiß, wird der weitere Weg der Konfliktbeilegung oft durch den Zufall determiniert, welcher Dienstleister als erster angegangen wird. Hier ist die Partei darauf angewiesen, eine Instanz zu finden, die nicht nur eigennützig berät, welcher Weg in die Konfliktbeilegung der beste ist.

☞ Neutrale Clearinginstanzen schaffen

[1055] Rechtsanwälte könnten diese Funktion einer Clearingstelle [1138] übernehmen. Das Problem indes ist, dass sie nicht als eine solche neutrale Instanz wahrgenommen werden, weder von den Parteien, noch von den Berufskollegen. Beide Parteien müssen verstehen, dass und wie sie aus dem Nullsummenspiel herauskommen können. Es kommt deshalb darauf an, dass die Rechts-

anwälte beider Parteien die gleiche strategische Einschätzung haben und den gleichen Weg empfehlen. Dies ist ein Ansatz der kooperativen Praxis [132].

[1056] Auf der nächst höheren Ebene, nämlich der Ebene der triadischen Verfahren [64], steht wieder eine neutrale Instanz zur Verfügung. Die Notwendigkeit, den Parteien hier eine Navigationshilfe anzubieten, wurde mit dem Multi Door Courthouse Modell in den USA erkannt und teilweise verwirklicht.

Multi Door Courthouse

[1057] Das in Amerika entwickelt Multi Door Courthouse Konzept stellt eine solche Clearinginstanz dar. Nicht nur, dass dort auf alternative Verfahren, wie Schiedsgerichtsverfahren, Mediation, Case Evaluation, Summary Jury Trials und Mini Trials verwiesen wird. Die Parteien können auch eine Durchsicht ihres Falles und eine Beratung über das anzuwendende Verfahren erhalten. Von einem solchen, sich auf den Bedarf der Parteien einlassenden Verfahrens ist die nunmehr eingeführte Hinweispflicht in § 253 ZPO [1072][1072] und die Möglichkeit der Güterichterbehandlung weit entfernt. Die Fallberatung würde sehr davon abhängen, ob und inwieweit das Gericht über die Konfliktlösungsbedarfe und deren Lösungsmöglichkeiten informiert ist. Soweit Schnittstellen überhaupt angedacht sind, sind sie meist unidirektional organisiert und weisen auf die Mediation oder das Güterichterverfahren. Dies täuscht darüber hinweg, dass es durchaus auch einen bidirektionalen Schnittstellenbedarf gibt (etwa indem das Gericht zur Unterstützung der Mediation

angerufen wird) sowie weitere Möglichkeiten, Konflikte einvernehmlich beizulegen.

Mediationsbeauftragte

[1058] Bayern hat seit Februar 2013 offiziell bestellte Mediationsbeauftragte⁸⁶⁶ an den Gerichten eingeführt. Die Mediationsbeauftragten⁸⁶⁷ sollen die Richterkollegen wie auch die Bevölkerung gezielt für das Güterichterverfahren und auch die außergerichtliche Mediation sensibilisieren. Die Justiz wirbt für das Güterichterverfahren. Sie will sich jedoch auch mit außergerichtlichen Mediatoren vernetzen. Der Mediationsbeauftragte kann nur allgemeine Informationen zu den Verfahren geben. Für die strategisch anliegenden Entscheidungen der Parteien wären die erkennenden Richter die besseren Informanten.

Die Streitkultur

[1059] Sowohl der Gesetzgeber wie die Verbände sehen in der Mediation eine Maßnahme zur Verbesserung der Streitkultur. Schon diese Formulierung deutet darauf hin, dass vom Erhalt des Streits ausgegangen wird, wobei (lediglich) das Streitverhalten zu optimieren ist. Es ist die anbieterfreundliche Sicht [611]. Ginge es um eine wirkliche Veränderung der Kultur, wäre der Fokus dann nicht

⁸⁶⁶ Pressemitteilung des Ministeriums der Justiz in Bayern

⁸⁶⁷ Liste der Mediationsbeauftragten auch: Wikipediatio (Mediationsbeauftragte) und Wikipediatio (Clearingverfahren)

statt auf die Stärkung der *Streitkultur* auf die Stärkung der *Friedenskultur* auszurichten⁸⁶⁸?

[1060] Die formalisierte Sicht auf ein verwirrendes Angebot unterschiedlichster Verfahren der Konfliktbeilegung *erfordert* Clearinginstanzen [1138]. Sie mögen den Weg durch den Dschungel der nunmehr möglichen Konfliktbeilegungsverfahren zu finden⁸⁶⁹. Er ist nicht nur für den Laien verwirrend. Die Streitkultur wird definiert als eine Kultur des Streitens, der verbalen Auseinandersetzung⁸⁷⁰, wobei Kultur in dem Verständnis die Verfeinerung, Kultiviertheit einer menschlichen Betätigung, Äußerung, Hervorbringung ist⁸⁷¹. Nun mag der kritische Leser zu Recht fragen, was hat ein Verfahren mit der Kultur des Streitens zu tun? Die Frage ist berechtigt, wenn die angestrebte Kultur im Verfahren eingekapselt ist. Auch der Trend, den Betroffenen auf Dienstleistungen zu verpflichten, fördert seine Abhängigkeit von Beratern und Spezialisten. Die schlichte Erweiterung des Produktportfolios ist eine fragliche kulturbildende Maßnahme, wenn sich nicht zugleich das Denken ändert. Kultur sollte als die Ausprägung von Denken und Handeln verstanden sein und nicht als die Nachfrage von Produkten.

⁸⁶⁸ So definiert die Integrierte Mediation die Zielsetzung zur Verwendung der Mediation.

⁸⁶⁹ Selbst das BMJ listet als ADR Verfahren (in Deutschland!!!) ENE und Adjudication. Es handelt sich im einen Fall um ein Gerichtsverfahren das der Problematik die dem angelsächsischen Prozessieren gezollt ist und im anderen Fall ein in UK aufgekommenes Schiedsgerichtsverfahren in Bausachen. Kaum anzunehmen, dass solche Verfahrenadju in Deutschland möglich werden.

⁸⁷⁰ Duden (Begriff)

⁸⁷¹ Duden (Begriff)

[1061] Zutreffend ist, dass die Mediation ein anderes Denken nicht nur erlaubt, sondern auch einfordert. Nun ist es vergleichbar mit der Frage nach der Henne und dem Ei ob das Eine das Andere oder das Andere das Eine beeinflusst. Beide Wege sind möglich und sollten auch gegangen werden. Schon jetzt zeigt sich eine Wirkung der Mediationsausbildung. Viele Rechtsanwälte bestätigen⁸⁷², dass der Ton im Gericht sich ändert – und zwar im Erkenntnisverfahren! Anlass hierfür ist die Ausbildung der Richter in Mediation. Auch die Ausbildung der Rechtsanwälte in Mediation hat ähnliche Effekte.

[1062] Es ist bekannt (erforscht?) dass die Akzeptanz von Urteilen allein deshalb steigt, wenn die Parteien das Gefühl haben, der Richter habe sich mit ihrer Sache befasst, wenn der Richter ihnen zugehört hat und seine Aufmerksamkeit geteilt hat. Nun zeichnet sich die moderne Streitkultur dadurch aus, dass die Menschen funktionieren müssen und kaum noch Zeit finden, die sozialen Aspekte menschlichen Zusammenlebens im Zusammenleben zu generieren. Menschlichkeit ist verdächtig geworden. Es müssen eigene Räume dafür geschaffen werden, wo sie noch möglich ist. Wenn das Zuhören in der Gesellschaft nicht mehr möglich ist, dafür aber Räume geschaffen werden, wo das Zuhören professionell institutionalisiert wird, dann ist das sicher ein folgerichtiger Schritt. Es ist aber *kein* Fortschritt, sondern ein Rückschritt, wenn dadurch dem Menschen Kompetenzen abgesprochen werden.

⁸⁷² Quelle: Gespräche des Herausgebers mit Rechtsanwälten

Mediation als Konzept

[1063] Der Ton macht die Musik. Die Mediation beschreibt die Vorgehensweise, wenn der mit ihr beschriebene Erkenntnisprozess verstanden wird. Als ein Kognitionsprozess verstanden, geriert die Mediation zu einer Art Superverfahren, das alle Schritte beschreibt, die zu einer konsensualen Lösung erforderlich sind. An ihrem Konzept lassen sich alle anderen Verfahren, einschließlich des Gerichtsverfahrens, messen. Gelingt es, das Konzept der Mediation zu integrieren, ergänzen sich nicht nur die Kompetenzen. Es wird auch deutlich, welche Schritte im laufenden Verfahren vorzuhalten oder zu ergänzen sind, um zu einer konsensualen Lösung zu gelangen⁸⁷³.

Artikel 2 Änderung der Zivilprozessordnung

Die Zivilprozessordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 5. Dezember 2005 (BGBl. I S. 3202; 2006 I S. 431; 2007 I S. 1781), die zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 21. Oktober 2011 (BGBl. I S. 2082) geändert worden ist, wird wie folgt geändert: 1. Die Inhaltsübersicht wird nach der Angabe zu § 278 folgende Angabe eingefügt: „§ 278a Mediation, außergerichtliche Konfliktbeilegung“.

2. § 41 wird wie folgt geändert: a) In Nummer 6 wird der Punkt am Ende durch ein Semikolon ersetzt. b) Folgende Nummer 7 wird angefügt: „7. in Sachen, in denen er an einem Mediationsverfahren

⁸⁷³ Wikipediation (Integrierte Mediation – Konzept)

oder einem anderen Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung mitgewirkt hat.“

[1064] § 41 ZPO schließt den Richter von der Ausübung des Richteramtes auch dann aus, wenn er an einem Mediationsverfahren oder einem anderen Verfahren der *außergerichtlichen* Konfliktbeilegung mitgewirkt hat. Der Güterichter wird nicht explizit erwähnt, wohl aber der an einem *Mediationsverfahren* mitwirkende Richter. Die Begründung des Gesetzesentwurfs hatte den Richtermediator noch explizit benannt. Dort wurde ausgeführt: „Die Regelung stellt klar, dass die Mitwirkung des Richters an einem Mediationsverfahren oder einem anderen Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung mit der Ausübung des Richteramts in Verfahren, die den gleichen Streitgegenstand betreffen, unvereinbar ist“. Es mag auf ein Redaktionsversehen zurückzuführen sein, wenn der Gesetzgeber den Wortlaut dieser Vorschrift nach der Abschaffung des Richtermediators und der gerichtsinternen Mediation nicht auf Güterichterverhandlungen erstreckt hat. Um jedoch die Methode der Mediation durch den Güterichter zu ermöglichen, ist er von Folgeentscheidungen zumindest dann freizustellen, wenn er diese Methode angewendet hat. Eine Selbstablehnung wegen Befangenheit kommt für den Güterichter nicht in Betracht. Will man ihn von einem nachfolgenden Entscheidungsprozess ausschließen, bedarf es einer analogen Anwendung des § 41 ZPO für Güterichter oder einer erweiterten Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Mediation und außergerichtliche Konfliktbeilegung“, welche die Güterichterverhandlung als Mediation oder als außergerichtliche Konflikt-

beilegung erkennt. Die Gesetzesmaterialien geben keine Anhaltspunkte⁸⁷⁴. Erwähnt wird lediglich, dass die in der *richterlichen* Mediation erworbenen Kenntnisse und Erfahrungen im Rahmen einer güterrichterlichen Streit-schlichtung weiter genutzt und fortentwickelt werden sollen⁸⁷⁵. Auch im Hinblick auf § 253 ZPO erscheint die erweiterte Auslegung, welche die Güterichter-verhandlung unter die "Mediation oder andere Verfahren der außergerichtlichen Streitbeilegung" subsummiert, als die naheliegende Herangehensweise. Hilfreich wäre eine gesetzliche Klarstellung, die das Güterichterverfahren explizit in § 41 ZPO einbezieht.

☞ § 41 Güterichter erwähnen

3. Dem § 159 Absatz 2 wird folgender Satz angefügt: „Ein Protokoll über eine Güteverhandlung oder weitere Güteversuche vor einem Güterichter nach § 278 Absatz 5 wird nur auf übereinstimmenden Antrag der Parteien aufgenommen.“

[1065] Mit § 159 ZPO unterstützt der Gesetzgeber die Anwendung mediativer Methoden im Güterichterverfahren. Die Vorschrift dient dazu, den Güterichter von der allgemeinen Protokollpflicht zu befreien. Es sollte klargestellt werden, wozu und wie das Protokoll verwertet werden kann. Weil der Güterichter *nicht* dem MediationsG unterworfen ist, kann das Protokoll auch vom erkennenden Richter eingesehen werden. Eine getrennte Aktenfüh-

⁸⁷⁴ vgl. Drucksache 17/8058

⁸⁷⁵ vgl. Drucksache 17/8058 S. 20, 21

rung ist nicht erforderlich, zumal das Güterichterverfahren als Teil des Gerichtsverfahrens anzusehen ist.

✂ Verwertungsverbot von Protokollen des Güterichters

4. § 253 Absatz 3 wird wie folgt gefasst:

„(3) Die Klageschrift soll ferner enthalten:

- 1. die Angabe, ob der Klageerhebung der Versuch einer Mediation oder eines anderen Verfahrens der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vorausgegangen ist, sowie eine Äußerung dazu, ob einem solchen Verfahren Gründe entgegenstehen;**
- 2. die Angabe des Wertes des Streitgegenstandes, wenn hiervon die Zuständigkeit des Gerichts abhängt und der Streitgegenstand nicht in einer bestimmten Geldsumme besteht;**
- 3. eine Äußerung dazu, ob einer Entscheidung der Sache durch den Einzelrichter Gründe entgegenstehen.“**

[1066] Es scheint so, als solle der Richter sich mehr für den Konsum von Verfahren als dafür interessieren, ob zwischen den Parteien eine Einigungsbereitschaft besteht und welche Erfahrungen sie mit Einigungsversuchen untereinander gewonnen haben. Es ist fraglich, ob derartige, lediglich auf die Inanspruchnahme eines kostenpflichtigen Verfahrens gerichtete Informationen zielführend sind. Sie setzen sich über den Schlichtungsauftrag des Gerichts hinweg und räumen den konsumierba-

ren Verfahren einen Vorrang ein; so als wäre die Mediation die einzige Möglichkeit der Parteien, sich zu einigen. Die Frage ist, ob damit die Hürde, sich einig zu werden, nicht zu hoch gesetzt wird. § 253 ZPO jedenfalls erweckt den Eindruck, dass der *außergerichtlichen* Konfliktbeilegung ein klarer Vorzug eingeräumt sei.

Gericht und Mediation

[1067] Zwei Welten begegnen sich. Allerdings sind es zwei Welten ein und desselben Universums. Besser ist es, sich zwei unterschiedliche Pole ein und derselben Welt vorzustellen. Sie beschreiben das Spannungsfeld zwischen hoheitlicher und privater Konfliktbeilegung. Die staatliche Vorhaltung der Mediation und ihre Institutionalisierung birgt die Gefahr, dass die Mediation mehr und mehr in die Nähe eines hoheitlichen Verfahrens rückt. Es gibt Überschneidungen und Ergänzungen. So weit, wie es den Anschein hat, sind die Verfahren gar nicht auseinander⁸⁷⁶. In der Praxis sind die Übergänge ohnehin fließend. Das *zwischen* den Polen liegende Spannungspotenzial lässt sich aus einer strategischen Sicht erschließen.

Konfliktstrategie

[1068] Als ideal ist es anzusehen, wenn das Verfahren zur Konfliktstrategie der Parteien passt. "Fit the form to the fuss" heißt das Motto. Was für den Betroffenen ein fließender Prozess ist, entwickelt sich in der Praxis mitunter zu einem Stakkato. Die Mediation bewegt sich zwar im

⁸⁷⁶ Siehe dazu Wikipediation (Integrierte Mediation - Konzept) wo die Mediation (auch) als ein übergreifendes Metaverfahren beschrieben wird.

strategischen Spannungsfeld zwischen der Kooperation und der Konfrontation. Trotzdem ist die Mediation ausschließlich ein Verfahren der Kooperation. Sie entwickelt sich aus der Konfrontation. Die Ausrichtung und Positionierung der Mediation als *Alternative* zum Gerichtsverfahren deutet eine nicht vorhandene Wahl an.

Die (außer-) gerichtliche Konfliktbeilegung

[1069] Seitdem die ADR Verfahren zumindest methodisch auch im Gericht etabliert wurden, ist es schwierig, die *außergerichtliche* Konfliktbeilegung abzugrenzen. Zumindest konzeptionell wird die Güterichterverhandlung wie eines der außergerichtlichen Verfahren i.S.d. § 253 ZPO angesehen [1079]ff. Die Güterichter sehen sich als Mediatoren und oft wird die Güterichterverhandlung als "*Mediation* durch den Güterichter" angepriesen⁸⁷⁷.

[1070] Sowohl dem Konflikt wie den Parteien ist es relativ einerlei, wer was wie macht. Ihnen kommt es darauf an, *ihren Weg* und *ihr Ziel* zu erkennen, um die Grenzen der jeweiligen Wegbegleitung ausloten zu können. Erst dann können sie die für *sie* richtige Verfahrensauswahl treffen. Erschwert wird die Verfahrenswahl, wo die Verfahren selbst im Wettbewerb zueinander stehen. Das Konkurrenzverhältnis spiegelt sich in den öffentlichen Diskussionen wieder, indem über die unterschiedlichen Qualifi-

⁸⁷⁷ So nur beispielhaft: Landgericht Göttingen http://www.landgericht-goettingen.niedersachsen.de/portal/live.php?navigation_id=17029&article_id=99384&psmand=102
Landgericht Osnabrück http://www.landgericht-osnabrueck.niedersachsen.de/portal/live.php?navigation_id=22469&article_id=111370&psmand=157
beide abgelesen am 30.4.2013

kationen der Mediatoren gestritten wird. Der Gerichtsmediation und mithin dem Güterichter wird vorgehalten, er werde unverändert von den Parteien als eine Autoritätsperson und Repräsentant der hoheitlichen Macht gesehen. Auch habe der Richter nicht ausreichend Zeit, um eine Mediation durchzuführen. Es sind die Argumente der Mitbewerber. Die Argumente des Konfliktes orientieren sich dagegen an der Konfliktanalyse [767] und daran, was zu tun ist, um den Konflikt beizulegen.

[1071] Naheliegender als zwischen der gerichtlichen und der außergerichtlichen Mediation zu unterscheiden und die Kompetenz und Reichweite des jeweiligen Verfahrens in Frage zu stellen, ist es, auf den Bedarf der streitenden Parteien zu achten und auf das, was zu leisten ist, um den Konflikt der Parteien optimal und nachhaltig beizulegen [1139]. Die Unterteilung der Konfliktdimensionen⁸⁷⁸ gibt einen einfachen und effizienten Zugang zu dieser Frage. Um das passende Verfahren auswählen zu können, brauchen die Parteien eine Beratung. Jetzt begegnen sie dem Problem, dass jeder Beruf - einschließlich der Mediatoren - dazu neigen, in ihre Kompetenz hinein zu beraten. Nur so können sie ihre Dienstleistung anbieten. Bei einem derart eingeschränkten Gebrauch der Werkzeuge werden Möglichkeiten und Schnittstellen übersehen.

⁸⁷⁸ *Trossen* (Mediation handwerklich), auch: Wikipediation (Konfliktdimensionen)

Die Klageschrift

[1072] So geschickt die Anforderung des § 253 Abs. 3 ZPO für die Verbreitung der Mediation sein mag, so riskant ist sie für das Konfliktgeschehen.

Strategie

[1073] Mit dem Bekenntnis zur außergerichtlichen Konfliktbeilegung wollte der Gesetzgeber erreichen, dass die Parteien vermehrt an *außergerichtliche* Lösungen denken. Auch sollten die Rechtsanwälte mit der abgefragten Information nachweisen, dass sie ihrer Beratungsverpflichtung nachgekommen sind⁸⁷⁹. Die Begründung hebt hervor, dass § 253 Abs. 3 Nr. 1 ZPO die ohnehin nach § 1 Abs. 3 BORA bestehende Verpflichtung der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte, ihre Mandantschaft konfliktvermeidend und streitschlichtend zu begleiten, betone⁸⁸⁰. Die Regelung hat, wie noch darzulegen ist, *keine* prozessuale Bedeutung [1102]. Sie ist eine politische Norm, die auf einen Beschluss des DJT zurückgeführt wird⁸⁸¹. Nach der Intention des Gesetzgebers sollten die Rechtsanwälte *motiviert* werden, sich *spätestens* beim Abfassen der Klageschrift mit Ihren Mandanten und der Frage auseinanderzusetzen, ob und wie sie den, der beabsichtigten Klageerhebung zugrundeliegenden Konflikt *außergerichtlich* beilegen können. Für den Gesetzgeber ist die gewünschte Angabe in der Klageschrift somit ein strategisches Mittel. Es muss sich zeigen, ob die Strategie

⁸⁷⁹ Greger in Greger/Unberath Teil 4 Rn 22

⁸⁸⁰ Begründung, S. 31

⁸⁸¹ Verhandlungen 67. DJT 2008, Abteilung Mediation, Beschluss A. 4.

aufgeht. Kritik jedenfalls gab es auch von politischer Seite⁸⁸². Hier wurde gemutmaßt, die Angabe könnte zu einer leeren Worthülse werden, so wie auch heute schon in vielen Gerichten die Güteverhandlung einfach mit der wenig empathischen Feststellung überwunden wird: „Das Gericht stellt fest, dass kein Interesse an einer Einigung besteht. Die Parteien stellen die Anträge“. Festzustellen ist, dass die Bereitschaft eines Streitsystems, sich auf Alternativen einzulassen ganz wesentlich von der Haltung des Richters geprägt wird⁸⁸³. Ist er von der Mediation oder der Einigung begeistert, wird er sie herbeiführen. Kennt er den Unterschied zwischen Kompromissvergleich und Konsensvergleich⁸⁸⁴ wird er versuchen, einen Konsens herbeizuführen.

[1074] Es wird übersehen, dass die Mediation ein Bestandteil der Konfliktstrategie ist und eine gewisse Konfliktreife voraussetzt. Besonders bei sozialen Beziehungen wird das Konfliktverhalten oft von der Einschätzung abhängig gemacht, wie sich die Gegenseite verhält. Die Mediation muss in diese Einschätzung passen. Sie ist kein Produkt, das man gerade mal so kaufen kann wie ein Eis an einem Stand in der Fußgängerzone. Sie setzt eine Bereitschaft voraus, die sich in der Freiwilligkeit [673], oder besser gesagt der Verhandlungsbereitschaft ausdrückt und auf Erkenntnissen basiert, welche die eigene Konfliktstrategie hinterfragen. Manchmal müssen die

⁸⁸² BR Drucksache 60/1/11 Empfehlungen der Ausschüsse Seite 8,9

⁸⁸³ Dies haben die Erfahrungen im Altenkirchner Modell und in der Cochemer Praxis erwiesen. Siehe Wikipediation (Cochemer Praxis), Wikipediation (Altenkirchner Modell)

⁸⁸⁴ *Trossen* (Wege zur Kooperation)

Parteien erst zu der Einsicht *gebracht* werden, dass die *Suche* nach Lösungen im Wege der Kooperation zielführender ist als die Durchsetzung von Lösungen im Wege der Konfrontation. Aus der Sicht der Parteien spielen dafür strategische Überlegungen eine entscheidende Rolle⁸⁸⁵. Sie werden kaum bereit und in der Lage sein, diese einseitig zu offenbaren.

[1075] Auch dem Richter ist mit der Angabe, ob außergerichtliche Verfahren durchgeführt wurden, oder ob einem solchen Verfahren Gründe entgegenstehen, nicht sehr geholfen. Er interessiert sich zumindest auch für die Frage, ob die Parteien bereit wären, einen Vergleich abzuschließen. Ein Vergleich ist auch eine Einigung. Er ist manchmal einfacher und schneller zu erreichen als aufwändige, außergerichtliche Verfahren. Für den erkennenden Richter ist es also weniger wichtig zu wissen, ob die Parteien ein außergerichtliches Verfahren nachfragen wollen, als sich dafür zu interessieren, ob und auf welcher Basis eine Einigung generell möglich ist⁸⁸⁶. Die mit § 253 Abs. 3 ZPO abgefragten Informationen geben dem Richter nicht genügend Informationen; weder, um sein Verfahren zu planen, noch um ein außergerichtliches Verfahren zu empfehlen.

[1076] Im Ergebnis stellt sich die Abfrage nach Verfahren der außergerichtlichen Streitbeilegung eher als eine Disziplinierungsmaßnahme dar als ein konstruktiver Beitrag zur Überführung des Streites in eine Kooperation. Richtig ist, dass Rechtsanwälte sich über alternative

⁸⁸⁵ *Trossen* (Alternative)

⁸⁸⁶ *Trossen* (Wege zur Kooperation)

Formen der Konfliktbeilegung zu informieren haben. Sie sollten dies aus eigenem Interesse tun, auch um den Klienten eine gute Beratung anzudienen, nicht um eine Floskel in der Klageschrift abzuliefern oder ihr Wissen zu demonstrieren. Unzutreffend ist die Annahme, dass die Information, *nachdem* es zur Klageeinreichung gekommen ist, das Gerichtsverfahren abwenden kann. Dazu wären eine Erörterung und gegebenenfalls die Einholung der gegnerischen Stellungnahme *vor* der Klageeinreichung geboten. Man muss sich nur vorstellen, die Gegenseite bestreitet, eine Mediation abgelehnt zu haben. Leider hat sie erst nach Zustellung der Klage, also innerhalb des Gerichtsverfahrens, Gelegenheit dazu. Die Erklärung kann deshalb bestenfalls ein Gerichtsverfahren abkürzen oder in seiner Gestalt verändern.

[1077] Bei der Auslegung der Vorschrift sollte nicht übersehen werden, dass es *nicht* die Aufgabe des Richters ist, das Sozialverhalten und die Beratungsqualität der Rechtsanwälte zu kontrollieren. Das ist die Aufgabe der Rechtsanwaltskammern. Um rechtliche Konsequenzen aus der Vorschrift des § 253 Abs. 3 ZPO herleiten zu können, wäre eine gesetzliche Definition des Rechtsschutzbedürfnisses erforderlich, damit der Richter die Frage im Zusammenhang mit der Prüfung der Prozessvoraussetzungen zu beachten hat.

✍ Festlegung des Rechtsschutzbedürfnisses

[1078] Ohne eine tatbestandliche Veranlassung wird der Richter aus einem eigenen Interesse nur diejenigen Informationen einfordern (und einzufordern haben), die bei der Entscheidung oder der Verfahrensführung helfen.

Hierfür gibt die gesetzlich vorgesehene Auskunft keine Grundlage. Trotzdem ist es eine Chance, die sowohl Parteien wie auch Richter nutzen können, wenn sie es wollen und sie zu nutzen wissen.

Inhalt

[1079] § 253 Abs. 3 wirft zwei Fragen auf: einmal die Frage ob „die Mediation oder andere Verfahren der *außergerichtlichen* Konfliktbeilegung“ (in der Vergangenheit) durchgeführt wurden und zum anderen die Frage, ob einem solchen (zukünftigen) Verfahren Gründe entgegenstehen.

Vorausgegangene Verfahren

[1080] Bezüglich der auf die Vorgeschichte eingehenden Frage nach den Verfahren der *außergerichtlichen* Konfliktbeilegung vertritt *Greger* die Auffassung, dass nur die Verfahren der triadischen Phase anzusprechen seien. Danach wären die kooperative Praxis [132] beispielsweise nicht zu erwähnen, auch nicht die außergerichtliche Verhandlung. Eine Güterichterbehandlung kann noch nicht stattgefunden haben. Es ist also stimmig, wenn der Gesetzgeber nicht auch danach fragt. Eine Konfliktmoderation hingegen wäre zu erwähnen. Der Wortlaut dieser Vorschrift gibt die Einschränkung auf triadische Verfahren nicht her [64]. Der Gesetzgeber verfolgt eine weite und offene Einstufung der ADR Verfahren [1245]. Er erwartet keine explizite Vergleichbarkeit der Verfahren mit der Mediation. Mithin legt sich auch die Begründung im Gesetzesentwurf nicht auf den Typ der außergerichtli-

chen Streitbeilegungsverfahren fest⁸⁸⁷. Dort wird lediglich ausgeführt: „Spätestens beim Abfassen der Klageschrift sollen sich die Parteien und deren (...) Rechtsanwälte daher mit der Frage auseinandersetzen, ob und wie sie den, der beabsichtigten Klageerhebung zugrundeliegenden, Konflikt außergerichtlich beilegen können“. Eine außergerichtliche Konfliktbeilegung ist auch im dyadischen Verfahren möglich, wie die kooperative Praxis [132] zeigt.

[1081] Grundsätzlich schließt die außergerichtliche Konfliktbeilegung Verfahren der dyadischen Phase ein. Auch Verfahren jenseits der forensischen Konfliktbeilegung mögen einen Anhaltspunkt über das Konfliktverhalten und die Motivation zum Streit ergeben. So stellen beispielsweise Supervisionen oder Coachings einen Kooperationsversuch etwa bei betrieblichen Konflikten, wie auch beim Mobbing dar. Sie könnten einem arbeitsgerichtlichen Streit vorausgegangen sein oder diesen beilegen.

[1082] Die Angabe über vorausgegangene Verfahren bedarf keiner Begründung. Insbesondere bedarf es keiner Erläuterungen, warum die Versuche gegebenenfalls gescheitert sind. Diese Form des Schweigens gebietet schon die Vertraulichkeit der Verfahren. Es genügt deshalb der Hinweis: „ADR Verfahren (welche?) haben (nicht / ergebnislos) stattgefunden⁸⁸⁸“.

⁸⁸⁷ Begründung S.31

⁸⁸⁸ Formulierungshilfe: Wikipediation (Angaben nach § 253 ZPO)

Mögliche Verfahren

[1083] Wenn keine außergerichtliche Konfliktbeilegung vorausgegangen ist, soll sich der Kläger dazu erklären, ob einem *solchen Verfahren* Gründe entgegenstehen. Außergerichtliche Verfahren sind alle zuvor genannten Verfahren. Der Begriff „ein solches“ Verfahren verweist auf ähnliche Verfahren. Deshalb bestehen keine Bedenken, zusätzlich auch die Güterichterverhandlung anzusprechen. Auch sie ist in gewisser Weise eine Alternative zum Gericht - wenigstens zum Erkenntnisverfahren. Da es sich bei der Güteverhandlung weder um ein außergerichtliches, noch um ein eigenständiges Verfahren handelt, wäre sie nach einer wörtlichen Auslegung des Gesetzes nicht zu erwähnen. Allerdings ging die Begründung noch davon aus, dass die Mediation auch die gerichtsinterne Mediation umfasst⁸⁸⁹. Es empfiehlt sich also eine weite Auslegung wie bereits in § 41 ZPO erwähnt [1064]. Sie entspricht der Intention des Gesetzgebers, die gerichtsinterne Mediation als Güterichterverhandlung letzten Endes doch zu ermöglichen. Immerhin wahrt die Güterichterverhandlung auch die in der Begründung herausgestellte Pflicht zur konfliktvermeidenden und streitschlichtenden Begleitung. Die Güterichterverhandlung [1064] ist als ein „solches Verfahren“ in der Klageschrift zu erwähnen⁸⁹⁰. Die Auffassung *Gregers*, dass der bloße Hinweis auf eine mögliche oder gewünschte Erklärung zur Güterichterverhandlung nicht von der Begründungspflicht bzgl. eines außergerichtlichen Verfahrens befrei-

⁸⁸⁹ vgl. § 1 Abs. 1 Ziff 3 des Gesetzesentwurfs

⁸⁹⁰ Siehe S. 31 und § 1 Abs 3 BORA

en soll, lässt sich aus der Intention des Gesetzgebers nicht herleiten. Dies gilt umso mehr, wenn der Güterichter als gut ausgebildeter Mediator zwischen den Mediationsmodellen zu differenzieren weiß. Dann besteht durchaus die Chance, dass der Güterichter eine Sichtweise auf tiefer liegende Bedürfnisse öffnen kann und Anreize gibt, die so begonnene Mediation in einer externen Mediation fortzusetzen. Es handelt sich um ein Konzept, das mit der gerichtlichen Mediation sogar bei dem erkennenden Richter erfolgreich umgesetzt wurde⁸⁹¹. Eine unabdingbare Voraussetzung hierfür ist, dass der (Güter-)Richter die Möglichkeiten der jeweiligen Verfahren gegen die Chancen und Optionen einer Güterichterbehandlung genau abgrenzen kann.

Die Gründe dagegen

[1084] Durchaus knifflig ist die Frage nach den Gründen, die *gegen* eine Mediation oder ein anderes Verfahren der außergerichtlichen Streitbeilegung fragen. Die Begründungspflicht war bereits im Gesetzgebungsverfahren umstritten. Die Empfehlung der Ausschüsse des Bundesrates hob hervor⁸⁹²: „Das gesetzgeberische Ziel - eine stärkere Verankerung der Mediation in der Beratungspraxis - dürfte sich auch dann erreichen lassen, wenn in der Klageschrift nur anzugeben ist, ob eine Mediation oder ein anderes Verfahren der außergerichtlichen Streitbeilegung vorausgegangen ist oder nicht, auf die Pflicht zur Begründung - also den letzten Halbsatz - aber

⁸⁹¹ Siehe Wikipediation (Altenkirchener Modell)

⁸⁹² Bundesrat Drucksache 60/1/11
Empfehlungen der Ausschüsse Seite 8,9

verzichtet wird“. Tatsächlich kann die Begründungspflicht bei unsachgemäßer Handhabung Probleme hervorrufen. Sogar von einer Prüfpflicht ist die Rede. Der Normzweck sei anders nicht zu erreichen⁸⁹³.

[1085] Eine Befreiung von der Begründungspflicht ist sicherlich dann anzunehmen, wenn eine Mediation erkennbar *nicht* in Betracht kommt. Eine Befreiung soll darüber hinaus erfolgen, wenn die erste Frage, ob eine Mediation o.ä. stattgefunden hat, bejaht wurde⁸⁹⁴. Diese Einschränkung gibt der Gesetzeswortlaut nicht her. Es macht durchaus Sinn, wenn der Kläger Angaben über eine (vorangegangene) außergerichtliche Konfliktbeilegung „sowie“ Gründe vorträgt, die gegen einen (weiteren) Versuch sprechen. Eine Angabepflicht besteht - nach dem Gesetzeswortlaut - deshalb in jedem Fall, in dem eine Mediation, eine Güterichterverhandlung oder ein anderes Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung nicht offensichtlich untunlich ist.

[1086] Dass der Kläger von der Begründung nicht befreit sei, wenn er nur den Hinweis auf gerichtssinterne Mediation [1083] vortrage, ist nicht nachvollziehbar. Der Richter oder eine Clearinginstanz müssen sich ohnehin mit der Gegenseite über das weitere Vorgehen abstimmen. Der Hinweis auf eine mögliche Güterichterverhandlung mag dahingehend verstanden werden, dass eine Kooperation möglich ist. Es wäre für das Konfliktgeschehen nicht förderlich, den Kläger einseitig in Erklärungsnöte

⁸⁹³ Greger in Greger/Unberath Teil 4 Rn 35

⁸⁹⁴ Greger in Greger/Unberath Teil 4 Rn 29

und Einschätzungen zu treiben, die ja auch das Verhalten der Gegenseite beschreiben und betreffen.

[1087] In jedem Fall erübrigt sich eine weitere Begründung, wenn die Mediation als geeignet erkannt wurde. Diese Auslegung folgt dem Wortlaut. Der Gesetzgeber fragt nur die Gründe ab, die *gegen* ein *alternatives Verfahren* sprechen. Eine Begründung der Entscheidung für ein Verfahren ist damit nicht impliziert. Etwas anderes gilt auch dann nicht, wenn die Mediation zwar statthaft und möglich ist, aber dennoch Klage erhoben wurde. Keinesfalls stehen die Verfahren in einer binären Logik zueinander. Die Gründe für das eine schließen deshalb das andere nicht zwingend aus. Die sehr weit gehende Auffassung *Gregers*, der Kläger habe dann, wenn ein außergerichtliches Verfahren möglich sei, *zusätzlich* zu begründen, warum trotzdem die Klage erhoben werde⁸⁹⁵, findet keine Grundlage im Gesetz. Für die Durchführung eines Gerichtsverfahrens genügt der Nachweis eines Rechtsschutzbedürfnisses. Weil die Mediation kein einfacherer Rechtsbehelf ist, schließt die Geeignetheit [763] einer Mediation das Rechtsschutzbedürfnis wenigstens solange nicht aus, wie der Gesetzgeber keine andere Regelung trifft. Wird das Rechtsschutzbedürfnis bejaht, bedarf es keiner weiteren Rechtfertigung für die Wahl des Rechtsweges. Schließlich ist zu bedenken, dass der Anwalt verpflichtet ist, auf den sichersten Weg zur Konfliktbeilegung hinzuweisen⁸⁹⁶. Die Mediation ist effizien-

⁸⁹⁵ *Greger* in Greger/Unberath Teil 4 Rn 33

⁸⁹⁶ *Lobodenjuk*, NJW 2006, 113 (115 f.) m.w.N.; BGH, NJW 2000, 3560

(3561); OLG Zweibrücken, Urt. v. 2.5.2006, 2 U 6/05.

ter, wenn sie erfolgreich verläuft, sie kann jedoch ergebnislos bleiben, was beim Gerichtsverfahren nicht der Fall ist. Das Gerichtsverfahren ist somit zweifellos das „sichere“ Verfahren.

[1088] Auch die auf den Normzweck abstellende Auslegung erlaubt nicht die Schlussfolgerung, dass sich der Kläger über den Nachweis des Rechtsschutzbedürfnisses hinausgehend zu erklären hat, warum er die Klage erhebt. Die Vorschrift des § 253 Abs. 3 ZPO will lediglich sicherstellen, dass sich die Klägerseite mit alternativen Möglichkeiten auseinandergesetzt hat. Es zählt nicht zum Zweck der Vorschrift, die Verfahrenswahl zu rechtfertigen oder das Verfahren zu gestalten. Auch ist es nicht möglich, die Klagezustellung zu verhindern. Zwar ist es zutreffend, dass der Richter ein Verfahren dann interessengerecht und effizient gestalten kann, wenn er über die Hintergründe des Rechtsstreites (also die Streitmotive), die Art des Konfliktes und die bisherigen Bemühungen um seine Beilegung informiert werde⁸⁹⁷. Nicht zutreffend ist jedoch die Annahme, die Informationen über den möglichen Konsum anderer triadischer Verfahren [64] böte eine Entscheidungsgrundlage für prozessuale Optionen. Mehr als der Hinweis, der Frage nach alternativen Verfahren nachzugehen, ist der einseitigen Klägerinformation selbst im denkbar idealen Fall nicht zu entnehmen.

[1089] Mit dem Hinweis auf die Gründe, die *gegen* ein „solches Verfahren“ sprechen, haben der Kläger bzw. sein Berater zum Ausdruck gebracht, dass sie sich mit ande-

⁸⁹⁷ Greger in Greger/Unberath Teil 4 Rn 40

ren Verfahren auseinandergesetzt haben. Das gleiche gilt, wenn sie Gründe *für* ein solches Verfahren anführen. Die Frage, warum sie sich bei der Wahlmöglichkeit zwischen einem anderen Verfahren und dem Gericht für das letztere entschieden haben, würde die Partei zur Offenlegung ihrer strategischen Überlegungen zwingen und sie ohne eine tatbestandliche Notwendigkeit dazu anhalten, die Klageerhebung über die Darstellung des Rechtsschutzbedürfnisses hinaus zu rechtfertigen. Demzufolge genügt der Hinweis, dass ein anderer gleichwertiger Rechtsbehelf nicht in Betracht kommt. Die Klagemotive sind ein Teil der Konfliktstrategie. Selbst in einer Mediation werden die Medianden strategische Überlegungen nur unter bestimmten Voraussetzungen und auch nur dann einbringen, wenn sie von der Gegenseite nicht missbraucht werden können⁸⁹⁸. Deshalb wird eine Partei kaum zugeben, dass sie ein Gerichtsverfahren mit einer überhöht angesetzten Forderung anstrebt, um mit Hilfe des richterlichen Drohpotenzials den für die Partei günstigsten Kompromiss herbeizuführen. Solange die Verhandlungsbereitschaft als Schwäche ausgelegt wird, wird sie sich auch keine Blöße geben wollen.

[1090] Grundsätzlich ist zwischen der Nützlichkeit der Information und der Rechtsverpflichtung zu unterscheiden, diese zu offenbaren. Keine Frage, dass der Kläger freiwillig

⁸⁹⁸ Der Herausgeber hat als Trainer in verschiedenen Rollenspielen den Probanden strategische Informationen mitgegeben, um zu sehen, ob und inwieweit diese in der Mediation offenbart werden oder nicht. Gelungen ist die Offenbarung nur, wenn ein sehr gutes Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien entstanden war und sie davon ausgehen konnte, dass die Gegenseite diese Informationen nicht benutzt.

lig seine Motive aufdecken darf. Auch mag der Richter die Parteien auf ihre Klagemotive ansprechen. Eine über den Nachweis des Rechtsschutzbedürfnisses [390] hinausgehende Verpflichtung besteht allerdings weder im Hinblick auf das Prozessrecht noch im Hinblick auf das Mediationsrecht. Im ersteren Fall ist es ein Ausfluss des Rechtsschutzprinzips, im letzteren ein Ausfluss des Prinzips der Freiwilligkeit [673], In keinem Fall hat sich die Partei zu rechtfertigen, warum sie eine Mediation verlässt. Dementsprechend muss sie auch nicht erklären, warum sie eine Mediation ablehnt. Ihre Rechte außerhalb der Mediation wären sonst weitergehend als die Rechte innerhalb der Mediation. Das kann schon aus dem Grund nicht sein, weil die Mediation die originäre Parteiautonomie verwirklicht und nicht herstellt. Etwas anderes mag gelten, wenn die Partei von der *Gegenseite* zur Teilnahme aufgefordert wird. Jetzt ist es ihre Verantwortung, Missdeutungen einer Ablehnung oder einer Nicht-Reaktion zu verhindern. Eine rechtliche Verpflichtung besteht aber auch nicht in diesem Fall.

[1091] In Anbetracht der Sensibilität, die eine Auseinandersetzung mit den hinter dem Prozess stehenden strategischen Fragen mit sich bringt, ist ein Clearingverfahren [1138] ratsam, wenn der Richter dieser Frage nicht bei seiner Terminvorbereitung, im Erörterungstermin oder in der Güteverhandlung nachgeht. **Entscheidend ist, dass die Auseinandersetzung mit der Frage der Durchführung eines kooperativen Verfahrens kein einseitiger, sondern ein dialogischer Prozess sein muss, der nur in Abstimmung mit beiden Parteien erfolgreich geführt werden kann.**

[1092] Gründe, die gegen ein alternatives Verfahren der Streitbeilegung sprechen, ergeben sich aus der mangelnden Geeignetheit [763] oder der fehlenden Zulässigkeit **Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.** Oft werden Gründe, die für oder gegen eine Mediation oder andere Verfahren sprechen, über Checklisten abgefragt **Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.** Sie sind nur bedingt verwertbar, wenn sie auf die subjektive Eignung des Mediators [772] abstellen. Sie sind deshalb nicht immer in der Lage, die (objektive) Geeignetheit **Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.** der Mediation zu belegen.

[1093] Die Offenbarungspflicht über Alternativen zum Gerichtsverfahren ist Fluch und Segen zugleich. Ein Segen ist sie für Parteien, die gerne eine Kooperation herbeiführen wollen, bisher aber am Widerstand der Gegenseite gescheitert waren. Sie könnten dieses Ziel nun mit Hilfe des Gerichts erreichen. Dann könnten sie in der Klageschrift erwähnen: „Eine Mediation hat nicht stattgefunden. Es gibt keine Gründe, die gegen eine Mediation sprechen. Die Vermittlung durch das Gericht erscheint angezeigt“. Eine derartige Äußerung erwartet, dass jetzt auch der Richter über die alternativen Verfahren informiert ist.

☞ Richterausbildung

[1094] Für andere Parteien ist die Offenbarungspflicht eine Bürde und eine Herausforderung zugleich. Wie mag die Begründung formuliert werden, wenn ein solches Verfahren nicht gewollt ist? Die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit von Argumenten wird im Gesetz nicht themati-

siert. Es wird die Auffassung vertreten, dass die Gründe, die einer Mediation oder einem anderen Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung entgegenstehen, konkret für den vorliegenden Fall und die Parteien darzustellen seien⁸⁹⁹. Ist Ehrlichkeit angesagt? Soll der Kläger zugeben, wenn er die Gegenseite für nicht mediationsfähig hält? Gerade bei einem hoch eskalierten Konflikt besteht die Gefahr, dass die Partei die Erklärung als ein Mittel missbraucht, die Gegenseite vorzuführen. Schon die vorgeschlagene Begründung „Der Beklagte hat auf die Vorschläge zu einer einvernehmlichen Konfliktlösung nicht reagiert“⁹⁰⁰ kann für sich gesehen schon Widerstand bei der Gegenseite auslösen und Anlass für neuen Streit geben. Nicht nur aus konfliktstrategischen Überlegungen, sondern auch im Hinblick auf die Pflicht des Anwalts zur Deeskalation (§ 1 Abs. 3 BORA) sollte es deshalb möglich sein, die erforderlichen Angabe nicht näher auszuführen.

[1095] Dass der Rückgriff auf formelhafte Standardtexte ohne Bezug zum konkreten Konflikt nicht zulässig sei⁹⁰¹, gibt der Gesetzeswortlaut nicht her. Formelhafte Standardtexte können schonender sein als ungeschickte konkrete Begründungen. Maßgeblich ist stets die Bewertung im Einzelfall. Die Auffassung, dass Gründe, wie etwa „starke Zerstrittenheit“, „emotionale Belastung“ oder „gestörte Beziehung“ nicht tauglich seien⁹⁰², ist nicht oh-

⁸⁹⁹ Vgl. Greger, in Greger/Unberath, MediationsG, Teil 4, Rn. 31

⁹⁰⁰ Vgl. Greger, in Greger/Unberath, MediationsG, Teil 4, Rn. 32

⁹⁰¹ Die Entstehung solcher Standardfloskeln befürchtet Monssen, in Schmidt/Lapp/Monssen (Mediation) Rn. 81.

⁹⁰² Vgl. Greger, in Greger/Unberath, MediationsG, Teil 4, Rn. 31

ne weiteres nachvollziehbar. Diese Gründe deuten nicht nur auf durchaus ernst zu nehmende innere Umstände hin. Sie belegen den subjektiven Eindruck des Konfliktes, mit dem ein Mediator durchaus arbeiten kann. Auch könnten sie einen Hinweis auf den Eskalationsgrad darstellen. Immerhin ist die Mediation nach den von *Glasi* beschriebenen Eskalationsstrategien ab der Eskalationsstufe 6 kein einschlägiges Verfahren für eine Konfliktbeilegung⁹⁰³. Zutreffend ist indes, dass derartige Informationen wenig aussagekräftig und deshalb erklärungsbedürftig sind.

[1096] **Man sollte niemals übersehen, dass die geforderte Erklärung einseitig ist und außerhalb der Vertraulichkeit liegt.** Für die geforderte Erklärung i.S.d. § 253 ZPO sollte deshalb folgende Formel ausreichen: „Bisher hat sich keine Gelegenheit für eine Mediation oder ein anderes Verfahren der außergerichtlichen Streitbeilegung ergeben. Die Voraussetzungen der Mediation oder anderer Verfahren zur außergerichtlichen Konfliktbeilegung sind nicht erfüllt“. Bereits die fehlende Freiwilligkeit führt zu dieser Rechtsfolge. Man könnte also noch hinzufügen „... sind mangels Freiwilligkeit nicht erfüllt“. Gegebenenfalls sind nur rein sachliche Gründe anzugeben, die den Gegner *nicht* angreifen können, wie etwa finanzielle Gründe oder die mangelnde Geeignetheit, weil es nur um die Klärung von Rechtsfragen geht oder das Verfahren als zu unsicher eingeschätzt wird. Ehe man den Gegner durch die Angabe von Gründen provoziert, empfiehlt es sich die Gründe, die einem solchem Verfah-

⁹⁰³ Wikipediation (Konflikteskalation)

ren entgegenstehen, zu verschweigen. Unauffällig wäre der Hinweis: „... den Parteien kommt es auf eine Klärung der Rechtslage an.“ Weitere Formulierungsvorschläge finden sich auf Wikipediatio⁹⁰⁴.

✍ Begründungspflicht in § 253 Abs. 3 ZPO erlassen

[1097] Alle Lösungen kommen zu demselben Punkt. Viel mehr als die auf einseitigem Vortrag beruhende Feststellung, ob Alternativen möglich sind oder nicht, gibt die Information ohnehin nicht her. Im günstigsten Fall gibt es einen Anhaltspunkt, warum ein solches Verfahren nicht in Betracht kommt. Die Hinweise helfen auch nicht bei der Verfahrensgestaltung. Selbst wenn ein außergerichtliches Verfahren nicht in Betracht kommt, bedeutet das noch lange nicht, dass die Parteien nicht kooperieren wollen. In jedem Fall bedarf es einer Intervention. Die Fragen über Alternativen bleiben somit einem Clearingverfahren[1138] oder der Verhandlung vorbehalten.

Pflicht

[1098] Die Aufforderung zur Angabe wendet sich nur einseitig an den *Kläger*. Die Beklagtenseite ist weder verpflichtet noch gehalten, sich dazu zu äußern. Für den nicht anwaltlich vertretenen Kläger ist die Vorschrift nur eine Soll-Vorschrift. Er ist also nicht verpflichtet, die Angabe zu machen. Bei einem Anwalt sieht das anders aus. Obwohl § 253 Abs. 3 ZPO nur eine Soll-Vorschrift ist, ergibt sich aus § 1 Abs. 1 und 3 BORA, dass der Rechtsanwalt verpflichtet ist, auch die Möglichkeit einer Mediation in Erwägung zu ziehen. § 1 Abs. 1 BORA besagt: „Der

⁹⁰⁴ Formulierungshilfe: Wikipediatio (Angaben nach § 253 ZPO)

Rechtsanwalt übt seinen Beruf frei, selbstbestimmt und unreglementiert aus, soweit Gesetz oder Berufsordnung ihn nicht besonders verpflichten.“ § 1 Abs. 3 BORA besagt: „Als unabhängiger Berater und Vertreter in allen Rechtsangelegenheiten hat der Rechtsanwalt seine Mandanten vor Rechtsverlusten zu schützen, rechtsgestaltend, konfliktvermeidend und zu begleiten. ...“ (Das Wort „rechtsgestaltend“ spielt hinsichtlich § 2 Abs. 3 Nr. 4 Rechtsdienstleistungsgesetz eine Rolle.). Jetzt formuliert § 253 Abs. 3 ZPO (und die entsprechenden anderen Prozessordnungen) im Abs. 3: "Die Klageschrift soll ferner enthalten: 1. die Angabe, ob der Klageerhebung der Versuch einer Mediation oder eines anderen Verfahrens der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vorausgegangen ist, sowie eine Äußerung dazu, ob einem solchen Verfahren Gründe entgegenstehen“.

[1099] Dies bedeutet praktisch, dass die lediglich in einer Satzung enthaltene Pflicht, konfliktvermeidend und streitschlichtend zu wirken jetzt Gesetzesrang erhalten hat. Dem mag entgegengehalten werden, dass es sich bei § 253 Abs. 3 ZPO nur um die Bekanntgabe einer erfüllten Pflicht zur Konfliktvermeidung handelt und sich diese dann in einer Sollvorschrift niederschlagen könne. Andererseits konkretisiert der Gesetzgeber in § 253 ZPO, wie er sich eine Konfliktvermeidung vorstellt, nämlich in der Vermeidung eines Gerichtsverfahrens, sobald Alternativen gegeben sind. Diese Pflichten treffen den nichtanwaltlichen Kläger nicht. Das ist der Grund, warum die Vorschrift für nichtanwaltliche Kläger ein Ermessen eröffnet, nicht jedoch für Klagen von in der Pflicht stehenden Rechtsanwälten.

[1100] Es ist nicht außerhalb der Lebenserfahrung und sogar wahrscheinlich dass in dem Beratungsgespräch die Frage aufkommt, ob die Mediation nicht wirklich eine passende Alternative zum Gerichtsverfahren sei. Wenn der Rechtsanwalt seine Mandantschaft zu beraten hat, dann sollte er auf folgendes achten:

1. Kosten
2. Konfliktstrategie und damit zusammenhängende Optionsmöglichkeiten
3. Auswahl des Mediators
4. Mögliches Mediationsmodell [77]
5. Verpflichtung, von Anfang an, auf die Mediation hinzuweisen.

[1101] Er sollte auch über das Institut des Güterichters Bescheid wissen und sich gegebenenfalls im Einzelfall erkundigen, ob und wie der Güterichter die Methoden der Mediation (also ein Mediationsverfahren) tatsächlich durchführt oder nicht. Gegebenenfalls muss er den Mandanten die Möglichkeit geben, abzuwägen, ob sie zum Mediator oder zum Güterichter gehen sollten. Viele Rechtsanwälte fühlen sich verpflichtet dies dem Mandanten zu raten, damit der Mandant ihn nicht in Regress nimmt, falls er diese Information später auf anderem Wege bekommt.

Konsequenzen

[1102] Die von dem Kläger eingeforderten Angaben haben weder Auswirkungen auf die Entscheidung über die Zustellung der Klage noch für die Verfahrens- oder die Sachentscheidung. Weil das Gesetz keinen Vorrang für an-

dere Verfahren einräumt, ist die Verfahrenswahl für den Richter bindend. Keinesfalls darf er diese Wahl kritisieren, geschweige denn eine vermeintlich widerspenstige Partei pönalisieren. Mithin hat die Zustellung also in jedem Fall zu erfolgen, selbst wenn es sich herausstellt, dass die klagende Partei eine Mediation für möglich und sinnvoll erachtet.

[1103] Interventionen für die Gestaltung des Verfahrens oder die Überleitung in ein alternatives Verfahren kann der Richter erst *nach* Zustellung der Klage in Angriff nehmen. Sinnvoller Weise bietet sich eine Gelegenheit im Clearingverfahren[1138] oder zur Vorbereitung des Güetermins, wenn die Fragen nicht im Termin erörtert werden. Das wird ein Richter, der die Mediation unterstützt, aber ohnehin anstreben. Allerdings gibt § 253 Abs. 3 Nr. 1 ZPO dem Richter zumindest theoretisch die Möglichkeit, den Kläger aufzufordern, fehlende Angaben zur Verfahrenswahl nachzureichen. Es wird die Auffassung vertreten, dass er von einer Klagezustellung bis zur Abgabe einer Erklärung absehen könne. Ob er die Klagezustellung bis zur Abgabe einer *ausreichenden* Erklärung⁹⁰⁵ zurückstellen oder gar verweigern kann, erscheint fraglich. Im Zweifel ist der Antrag auszulegen. Der Richter kollidiert mit der Pflicht des § 271 ZPO, wonach die Klage unverzüglich zuzustellen ist. § 271 ZPO dient der Strafung und Beschleunigung des Verfahrens⁹⁰⁶. Es liegt nun im Ermessen des Gerichts, ob es die fehlende, prozessual nicht notwendige Information einholt oder nicht. Wenn

⁹⁰⁵ Greger, in Greger/Unberath, MediationsG, Teil 4, Rn. 31ff.

⁹⁰⁶ Becker, Münchener Kommentar: ZPO § 271 Rn 1

dies zu einer Prozessverzögerung führt, wird er darauf verzichten müssen. Anderenfalls kann er die Zustellung der Klage zurückstellen⁹⁰⁷. Dabei sollte der Richter auch im Blick haben, dass eine verzögerte Zustellung Auswirkungen auf Daten und Fristen haben mag. Durch die Zustellung wird beispielsweise das Eheende festgelegt. Auch führt sie die Unterbrechung der Verjährung herbei.

[1104] Für die Verjährungsunterbrechung kommt es nach § 167 ZPO nicht auf das Datum der Zustellung sondern auf die Einreichung des Antrages an, wenn die Zustellung der Klageschrift „demnächst“ erfolgt. Grundsätzlich werden der klagenden Partei nur solche Verzögerungen zugerechnet, die „in ihrem eigenen Bereich entstanden und daher von ihr zu vertreten sind“⁹⁰⁸. Da die Angabe zur außergerichtlichen Streitbeilegung nicht den notwendigen⁹⁰⁹, sondern den erwünschten Klageinhalt darstellt, teilt sie das Schicksal der Streitwertangabe. Die Angabe des Streitwertes unterliegt ebenfalls einer Sollvorschrift⁹¹⁰. *Bacher* vertritt die Auffassung, das Fehlen der Streitwertangabe stelle keine Verzögerung dar, die dem Kläger im Zusammenhang mit § 167 ZPO zuzurechnen sei⁹¹¹. Nach der Auffassung des BGH ist eine der klagenden Partei zuzurechnende Verzögerung der Klagezustellung dann noch als unschädlich anzusehen, wenn sie

⁹⁰⁷ Vgl. *Greger*, in *Greger/Unberath*, *MediationsG*, Teil 4, Rn. 35.

⁹⁰⁸ BGH: "Demnächstige Zustellung" zur Verjährungsunterbrechung NJW 1986, 1347

⁹⁰⁹ vgl. ZPO § 253 Klageschrift, *Foerste* in *Musielak (ZPO)*, Rn 17-35

⁹¹⁰ *Bacher* (BeckOK ZPO) § 253, Rn 79, siehe auch BVerfG, 1 BvR 1684/99 vom 19.12.2000, Absatz-Nr. (1 - 18)

⁹¹¹ *Bacher* (BeckOK ZPO) § 253, Rn 79

nicht mehr als 14 Tage beträgt⁹¹². Voraussetzung ist, dass der Kläger unverzüglich auf die Rückfrage des Gerichts reagiert. Wiederum ist der Anwalt gut beraten, die Frage nach alternativen Verfahren vor der Klageerhebung mit dem Mandanten zu besprechen, um selbst dann, wenn er dazu keine Angaben macht, keine Verzögerung zu verursachen. Zu beachten ist schließlich, dass § 167 ZPO auf die Fixierung des Zeitpunktes des Eheendes keine Auswirkungen hat. Der Gesetzgeber mag dem Richter aus dem Dilemma helfen, indem er die Prüfungspflicht an eine prozessuale Voraussetzung knüpft oder den § 253 Abs. 3 Ziff. 1 wieder streicht.

☞ Klare Regelung der Prüfungspflicht i.S.d. § 253 ZPO

[1105] In der Praxis wird der Richter im Einzelfall zu entscheiden haben, wie er mit der fehlenden Angabe umgeht. Die Befürchtung in der Stellungnahme des Bundesrates⁹¹³, dass diese Vorschrift zu einer Floskel heruntergebrochen wird, ist nicht von der Hand zu weisen. Helfen wird sie dem Richter im eigenen Verfahren nur, wenn er sich für die Einigungsbereitschaft der Parteien im Allgemeinen interessiert und prüft, ob nicht ein Vergleich besser und schneller zu erreichen ist. Auch für die Überzeugung, ob gegebenenfalls eine Mediation den Parteien helfen könnte, genügen die einseitigen Angaben nicht. An seiner Verhandlung wird sich also gar nichts ändern.

[1106] Für private Kläger stellt sich die Sollvorschrift als eine nicht zu sanktionierende Angabe dar. Für den Rechtsanwalt ergibt sich eine abweichende Rechtslage.

⁹¹² BGH: Verzögerung einer Klagezustellung NJW 1994, 1073

⁹¹³ BR-Drucksache 60/11 S. 7

Weil er zum Nachweis verpflichtet ist, dass er seiner Berufspflicht nachgekommen ist, bedeutet § 253 Abs. 3 ZPO auch wenn es nur eine Sollvorschrift ist eine Verpflichtung. Es darf nicht übersehen werden, dass sich aus einer Verletzung der Berufspflicht Schadensersatzansprüche ergeben können.

[1107] Der Rechtsanwalt, der selbst kein Mediator ist und nicht gleich am Anfang des Mandantengesprächs auf die Mediation hinweist und ein externes 1. Mediationsgespräch anregt, wird nachfolgend, wenn er eine Partei vertritt, immer das Risiko eines Regresses eingehen. Unterlässt er beweissichernd (also z.B.: durch eine Bestätigung des Rechtssuchenden) den Hinweis und es gelingt keine Einigung im vorgerichtlichen Bereich, später aber z.B.: beim Richter oder Güterichter, so kann später von den Streitparteien der Vorwurf erhoben werden, dass, hätten sie von der Mediation gewusst, sie diese Möglichkeit wahrgenommen hätten. Der Gesetzgeber hätte dieses Ergebnis allerdings auch einfacher gestalten können⁹¹⁴.

5. § 278 Absatz 5 wird wie folgt gefasst:

"(5) Das Gericht kann die Parteien für die Güteverhandlung sowie für weitere Güteversuche vor einem hierfür bestimmten und nicht entscheidungsbefugten Richter (Güterichter) verweisen. Der Güterichter kann alle Methoden der Konfliktbeilegung einschließlich der Mediation einsetzen."

⁹¹⁴ Bohnet (Anregungen)

Schon bei der Einführung der Zivilprozessrechtsreform konstatierte der Gesetzgeber eine „unzureichende Streit-schlichtungskultur“⁹¹⁵. Seit dem 1. 1. 2002 verlangt § 278 ZPO deshalb, dass vor einer (streitigen) mündlichen Verhandlung grundsätzlich eine Güteverhandlung stattfindet.

Die Güteverhandlung

[1108] Seit dem Inkrafttreten des Mediationsförderungsgesetzes ist zwischen der Güteverhandlung vor dem Prozessgericht (§ 278 Abs. 2) und der Güteverhandlung vor dem Güterichter (§ 278 Abs. 5) zu unterscheiden. Aus dem nunmehr geltenden Recht ergeben sich folgende Erscheinungsformen der Güteverhandlung:

1. Die Güteverhandlung, die vom erkennenden Richter selbst durchgeführt wird.
2. Die Güteverhandlung, die vom beauftragten Richter durchgeführt wird, der ein Teil des Spruchkörpers ist.
3. Die Güterichterverhandlung, die vom ersuchten Richter als Güterichter desselben Gerichts durchgeführt wird, der aber nicht Teil des Spruchkörpers ist.
4. Die Güterichterverhandlung die vom ersuchten Richter als Güterichter durchgeführt wird, der jedoch einem anderen Gericht derselben Gerichtsbarkeit angehört.

⁹¹⁵ Foerste (ZPO), Rn 1

Die Güteverhandlung (§ 278 Abs. 2)

[1109] § 278 Abs. 2 ZPO besagt: „Der mündlichen Verhandlung geht zum Zwecke der gütlichen Beilegung des Rechtsstreits eine Güteverhandlung voraus“. Die Güteverhandlung ist vorgeschrieben. Nur Berufungs- und Revisionsgerichten steht sie nach §§ 525 S. 2, 555 Abs. 1 S. 2 frei. In Ehesachen ist die Güteverhandlung gem. § 113 Abs. 4 Nr. 4 FamFG nicht anzuwenden. Entbehrlich ist die Güteverhandlung nach der Intention des Gesetzgebers auch dann, wenn sie *erkennbar aussichtslos* ist. Das ist anzunehmen, wenn selbst der Versuch, auf eine gütliche Beilegung hinzuwirken, sinnlos erscheint⁹¹⁶.

[1110] Die *Entscheidung* über eine Güteverhandlung trifft das Gericht⁹¹⁷. Mit der nach § 278 Abs. 2 vorgeschriebenen *Erörterung des Sach- und Streitstandes* soll das Parteivorbringen geklärt und gegebenenfalls ergänzt werden⁹¹⁸. Die Güteverhandlung soll den Parteien vor Augen führen, dass eine Grundlage für eine Vermittlung auch in ihrem Fall gegeben ist⁹¹⁹. Beweiserhebungen sind vor der streitigen Verhandlung und entsprechenden Anträgen nicht zulässig. Das ausschließliche Ziel der Güteverhandlung ist die Herbeiführung einer Einigung. Die Abgren-

⁹¹⁶ Foerste (ZPO), Rn 3

⁹¹⁷ AA Wieser MDR 2002, 10 (Vorsitzender).

⁹¹⁸ Dieser Verhandlungsschritt könnte mit Phase zwei der Mediation verglichen werden, wenn sie nach der Sachverhaltsmethode ausgeführt wird. Allerdings geht die Phase zwei der Mediation weiter indem sie die Themen zunächst nicht auf den zu verhandelnden Problemkreis beschränkt. Ihr kommt es darauf an, das gesamte Ausmaß der Streitigkeit einschließlich der Nebenkriegsschauplätze sichtbar zu machen.

⁹¹⁹ Foerste (ZPO) Rn 3

zung erfolgt zur streitigen Verhandlung. Sie beginnt nach § 137 ZPO, indem die Parteien ihre Anträge stellen. Jetzt sind sie aufgefordert, ihre Positionen zu vertreten. Ziel ist eine Entscheidung des Gerichts.

Die Güterichterverhandlung (§ 278 Abs. 5)

[1111] Der Güterichter wurde alternativ zum Richtermediator eingesetzt. Damit folgt der Gesetzgeber dem Güterichtermodell als die in Bayern praktizierte Form der Richtermediation. Die Güteverhandlung des § 278 Abs. 5 ZPO ist prozedural zumindest nach dem Gesetzeswortlaut mit der des § 278 Abs. 2 ZPO identisch, außer, dass dort ein *Güterichter* eingesetzt wird. Zur besseren Unterscheidbarkeit und zur begrifflichen Klarheit soll die Güteverhandlung nach § 278 Abs. 5 als **Güterichterverhandlung** bezeichnet werden. Die Güterichterverhandlung wurde mit dem Mediationsförderungsgesetz eingeführt, um den Richtern einen abtrennbaren Verfahrensabschnitt anzubieten, in dem die Parteien über eine eigenverantwortliche Einigung verhandeln können. Das Vorbild ist die reine Mediation. **Demzufolge ist die Güterichterverhandlung ein auf § 287 Abs. 2 ZPO beruhender, isolierter Verfahrensbestandteil innerhalb eines Gerichtsverfahrens.** Die Alleinstellung der Mediation als ein abgrenzbares Verfahren soll es dem Gericht nach Auffassung des Gesetzgebers ermöglichen, dass „... die in der gerichtswissenschaftlichen Mediation entwickelten mediativen und streitschlichtenden Kompetenzen ... im Rahmen der Güterichtertätigkeit weiter genutzt und fortentwickelt werden. **Ein Güterichter ist zwar kein Mediator, er kann in einer Güteverhandlung jedoch**

zahlreiche Methoden und Techniken der Mediation einsetzen, mit denen insbesondere der Sinn der Parteien für ihre Verantwortlichkeit und ihre Autonomie sowie die Bereitschaft sich aufeinander einzulassen gefördert werden sollen. Zu derartigen Methoden und Techniken gehören etwa das sogenannte aktive Zuhören, die Widerspiegelung von Erklärungen und Botschaften der Parteien in deeskalierender Weise, die Umwandlung von Beschwerden in verhandelbare Themen, die Technik des offenen Fragens, die Erarbeitung von Fairnesskriterien zur Lösung des Konflikts sowie die Entwicklung von realisierbaren Probe- und Teillösungen“⁹²⁰. Nur am Rande sei erwähnt, dass die Anwendung der vom Rechtsausschuss des Bundestages erwähnten Kenntnisse, Methoden und Techniken durchaus auch in der streitigen Verhandlung sinnvoll eingesetzt werden können und nach den Erfahrungen der integrierten Mediation auch möglich sind⁹²¹. Schwieriger (aber nicht unmöglich) ist es dort allerdings, das der Mediation zugrunde liegende Kommunikationsmodell [74] in der Rolle des Entscheiders herzustellen⁹²².

Verhältnis zum Gerichtsverfahren

[1112] Die Güterichterbehandlung hat einen anderen Status bekommen als die Mediation oder andere Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung. Es ist fraglich, ob und inwieweit die Güterichterbehandlung dem

⁹²⁰ Drucksache 17/8058, S. 18

⁹²¹ Das wenigstens belegen die Ausführungen von Neuert (2009). Siehe auch Wikipediaion (Sozio-ökonomische Analyse der Integrierten Mediation)

⁹²² Wikipediaion (Fehlende Entscheidungsbefugnis)

außergerichtlichen Verfahren gleichzusetzen ist. § 253 ZPO scheint davon auszugehen. Eine dahingehende Auslegung jedenfalls wäre ein Weg, die sich aus der Definition der ADR als außergerichtliche Streitbeilegung ergebenden, systemischen Irritationen [1042] zu vermeiden.

Außergerichtliches Verfahren

[1113] Die gerichtsinterne Mediation wäre ohne die Intervention des Vermittlungsausschusses sicher als eine, den außergerichtlichen Verfahren gleichgestellte Verhandlung angesehen worden. Außergerichtlich meint in dem Zusammenhang nicht zwingend außerhalb des Gerichtsgebäudes aber außerhalb der rechtsprechenden Gewalt. Sie wäre ein unter das MediationsG fallendes Verfahren gewesen. Die Güterichterverhandlung hat nun einen anderen Status bekommen. Sie ist Teil des Gerichtsverfahrens und deshalb zumindest vom Wortlaut her kein außergerichtliches Verfahren. Folgt man der Auffassung *Röthemeyers*, wonach der Gesetzgeber die Methoden der Mediation gleichbedeutend mit dem Verfahren der Mediation verwendet⁹²³, wäre es zumindest konsequent, wenn die Klägerpartei in § 253 Abs. 3 ZPO auch Gründe angibt, die einem (als Mediation verstandenen) Güterichterverfahren entgegenstehen oder nicht.

Streitiges Verfahren

Der Gesetzgeber hat sich *nicht* zu der Frage geäußert, in welchem Verhältnis die Güterichterverhandlung zum streitigen Verfahren steht. Eine wohl überwiegende Mei-

⁹²³ *Röthemeyer* (Güterichterkonzept), S. 116

nung geht davon aus, dass die gesetzliche Regelung den Abschied von der Richtermediation erklärt habe und sogar deren Verbot bedeute⁹²⁴. Eine andere Meinung hält eine „vollständige“ Mediation dennoch für möglich. Beide Auffassungen sind zutreffend, wenn die hier vorgenommene Unterscheidung zwischen materieller [60] (methodischer) und formeller Mediation [59] (im Sinne des MediationsG) zugrunde gelegt wird und die Verfahren i.S.d. *Containertheorie* [104] der integrierten Mediation verstanden werden. Mit der Zuordnung zum streitigen Verfahren [1117] ändert sich der Verfahrenscontainer, in dem die Mediation zwar vollständig, aber nur noch als Methode abgewickelt werden kann. Die sich aus diesem Verständnis ergebenden Konsequenzen sind:

1. Der Güterichter unterfällt der ZPO. Er wird im hoheitlichen Rahmen tätig und unterliegt der Gesetzesbindung aus Art. 97 und § 25 DRiG⁹²⁵.
2. Die Weisungsfreiheit des Güterichters erstreckt sich nach § 278 Abs. 5 ZPO ausdrücklich auch auf die Methodenwahl. Positivrechtlich können die Parteien zwar nicht über die Verfahrensweise bestimmen. Faktisch steht es ihnen jedoch frei, die Güteversuche abzulehnen. Das Prinzip der Freiwilligkeit ist *insoweit* gewahrt [674].
3. Die MDV gibt den Parteien die Möglichkeit, innerhalb des Beibringungsgrundsatzes und des

⁹²⁴ Henssler/Deckenbrock, DB 2012, 159 (161); Prütting, AnwBl. 2012, 204 (206), Carl, ZKM 2012, 16 (19), Busemann, ZKM 2012, 55 ff., Röthemeyer (Güterichterkonzept), S. 116

⁹²⁵ Ahrens: Mediationsgesetz und Güterichter – Neue gesetzliche Regelungen der gerichtlichen und außergerichtlichen Mediation, NJW 2012, 2465

- disponiblen Rechts eine *privatrechtliche* Exklave zu schaffen, die das hoheitliche Verfahren respektieren kann. Der Güterichter kann allerdings nicht als Vertragspartner der MDV auftreten⁹²⁶.
4. Prinzipiell gelten die Verfahrensgrundrechte, ohne etwa einen „Caucus“ auszuschließen⁹²⁷.
 5. Der Güterichter kann nicht nur Einsicht in die Verfahrensakten nehmen, die Akten werden ihm auch zugeschrieben. Soweit er das Verfahren bearbeitet, ist dies in der Akte zu protokollieren (vgl. aber Privileg des § 159 Abs. 2 ZPO)
 6. Das Verfahren ruht nicht während der Güterichterverhandlung. § 251 ZPO ist nicht anwendbar.
 7. Weil die Güterichterverhandlung den Prozess nicht unterbricht, laufen Fristen, insb. die Klagebegründungsfristen, weiter.
 8. Das die Amtshaftung des Richters regelnde Spruchrichterprivileg des § 839 Abs. 2 BGB [1121] ist wie bereits bei der Richtermediation nicht anwendbar⁹²⁸.
 9. Der Güterichter ist befugt, das persönliche Erscheinen der Parteien anzuordnen. Ist eine Über-

⁹²⁶ Viele Richter lassen die Parteien Vereinbarungen über das Verfahren, z.B. hinsichtlich der Vertraulichkeit abschließen. Sie benennen die Grenzen ihrer Verfahrensoffenheit und Flexibilität, worauf die Parteien üblicherweise vertrauen. Eine auf das Verfahren bezogene vertragliche Verpflichtung kann der Güterichter indes nicht vornehmen.

⁹²⁷ *Ahrens*: Mediationsgesetz und Güterichter – Neue gesetzliche Regelungen der gerichtlichen und außergerichtlichen Mediation, NJW 2012, 2465

⁹²⁸ Siehe Begründung Seite 22

- tragung unterblieben, besteht zwar diese Befugnis nicht; der ersuchte Richter darf aber nach h.M. auf eine gütliche Streitbeilegung hinwirken.
10. Kein Anwaltszwang besteht nach Abs. 3 für das Verfahren vor dem beauftragten oder ersuchten Richter (vgl. §§ 278 Abs. 5, 361, 362, 372 Abs. 2, 375, 434, 479)⁹²⁹.
 11. Schließen die Parteien vor dem ersuchten Richter einen Vergleich, so ist dieser nach h.M. ohne Weiteres wegen § 78 Abs. 5 ZPO auch ohne Beteiligung der Prozessbevollmächtigten wirksam⁹³⁰
 12. Das Gebot der Öffentlichkeit gilt nicht (§ 169 GVG: „vor dem erkennenden Gericht“), wohl aber das der Parteiöffentlichkeit (§ 357 ZPO; den Parteien ist formlos vom Termin der Beweisaufnahme Mitteilung zu machen, § 357 Abs. 2 S. 1 ZPO)⁹³¹.

Bei aller Kritik ist der Vorteil der Einordnung des Güterichters in das streitige Verfahren darin zu sehen, dass die Mediation nunmehr als ein rein privatrechtliches Verfahren vorgehalten werden kann. Sie kann systematisch besser auf den MV bzw. die MDV als rechtsbegründenden Akt bezogen werden, ohne dass die hoheitliche Stellung des Richtermediators ihren privatrechtlichen Charakter beeinträchtigt.

⁹²⁹ *Weth*, ZPO § 78 Anwaltsprozess, Musielak, ZPO, 9. Auflage 2012 Rn 23

⁹³⁰ BGH NJW 1980, 2307; OLG Düsseldorf NJW 1975, 2298; OLG Koblenz NJW 1971, 1043 (1045); MünchKommZPO/Heinrich ZPO § 361 Rn 7; Zöller/Greger ZPO § 278 Rn 5; Musielak/Foerste ZPO § 278 Rn 13; – aA OLG Celle RPflegler 1974, 319; Schneider NJW 1971, 1045

⁹³¹ *Bacher* (BeckOK ZPO) § 362

Missbrauch der Güteverhandlung

[1114] Einer der gegen die Güteverhandlung vorgebrachten Einwände ergibt sich aus dem Umstand, dass das Gericht auch im Falle einer gegebenenfalls *unzulässigen Klage* eine Güteverhandlung durchführen kann⁹³². Deshalb kommt es vor, dass Klagen, die bei einer rechtlich korrekten Behandlung abgewiesen würden, trotzdem zu einem Vergleichserfolg führen können. Es ist eine berechtigte Kritik aller handwerklich korrekt arbeitenden Rechtsanwälte, dass die aufgezwungene Güteverhandlung zu einem Instrument missbraucht werden kann, Rechtsfehler auszugleichen. Statt der Rechtsprechung kommt es zu einer Rechtsprechungsvermeidung. Umgekehrt wird die Güteverhandlung von vielen Richtern nicht ernst genommen und mit lapidaren Bemerkungen im Protokoll übergangen.

Der Güterichter

[1115] Der Güterichter wird als ein seltsames Hybridwesen bezeichnet, das weder ein echter Richter noch ein wirklicher Mediator sei⁹³³. Weniger ist manchmal mehr. Jedenfalls ist der Güterichter nicht länger ein gegenüber der Richtermediation im Wettbewerb stehendes Modellprojekt; soweit der Plan. Es ist jetzt entschieden, dass die Mediation als alternative Streitbeilegungsmethode eine

⁹³² Foerste (ZPO), Rn 10

⁹³³ Janisch, SZ v. 15. 12. 2011, S. 1

zulässige richterliche Aufgabe darstellt⁹³⁴. Die Rolle des Güterichters ist jedoch ungeklärt.

Legaldefinition

[1116] Güte bedeutet einerseits „milde, freundliche, von Wohlwollen und Nachsicht bestimmte Gesinnung“ und andererseits so viel wie „Qualität“⁹³⁵. *Laotse* sagte: „Wenn Güte als gut gelten will, wird sie zu Ungutem“. Ein guter Güterichter wird seine Fähigkeit an den erzielten Vergleichen festmachen. Ist er dann ein guter Richter? Ist der Güterichter überhaupt ein Gegensatz? *Laotse* sagte auch: „Güte in den Worten erzeugt Wahrheit“. Ist die Wahrheit nicht auch ein Anliegen des erkennenden Richters? Die philosophischen Fragen erübrigen sich, wenn es darum geht, eine Definition herauszuarbeiten. Nach § 278 Abs. 5 ZPO ist ein Güterichter ein nicht entscheidungsbefugter Richter. Mehr besagt das Gesetz nicht. In der hier vorgenommenen Auslegung des Gesetzes wird er im Status eines Rechtshilfe gewährenden Richters gesehen [1117].

Der Rechtsstatus des Güterichters

[1117] Die Einschätzung, dass es sich bei dem Güterichter um einen ersuchten Richter handelt, stimmt zumindest noch mit der für Art. 3 Ziff. 4 des Förderungsgesetzes *vorgesehenen* Formulierung überein. Dort wurde der Güterichter in § 278 Abs. 5 ZPO als ein „beauftragter oder

⁹³⁴ *Ahrens*: Mediationsgesetz und Güterichter – Neue gesetzliche Regelungen der gerichtlichen und außergerichtlichen Mediation, NJW 2012, 2465

⁹³⁵ Duden (Güte)

ersuchter Richter“ bezeichnet⁹³⁶. Selbst in der Fassung der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses war diese Legaldefinition noch verwendet worden⁹³⁷. Erst in der endgültigen Gesetzesfassung wurden der beauftragte und ersuchte Richter in einen „**nicht entscheidungsbefugten Richter (Güterichter)**“ umbenannt. Damit wird der Güterichter als ein gesetzlicher Terminus zumindest im Wortlaut vom beauftragten oder ersuchten Richter differenziert. Der Grund, warum der Gesetzgeber diese Begrifflichkeit gewählt hat, ist auf die Empfehlung der Ausschüsse des Bundesrates zurückzuführen.

[1118] Wenigstens ist der Güterichter ein Richter. Er übt eine auf Grund des Gesetzes den Richtern zugewiesene andere Aufgabe i. S. von § 4 Absatz II Nr. 2 DRiG aus⁹³⁸. Die Güteverhandlung ist nach wie vor eine mit der ZPO-Reform⁹³⁹ eingeführte Verfahrensinstanz und dennoch ist die Güterichterverhandlung mit der Güteverhandlung im bisher geübten ZPO Verständnis nicht mehr ohne Weiteres zu vergleichen. Die Unterschiede ergeben sich aus der Rolle des Güterichters. Die Literatur scheint der begrifflichen Zuordnung zum ersuchten oder beauftragten Richter keine besondere Beachtung beizumessen. Dort ist entgegen dem Wortlaut des § 229 ZPO allgemein von dem *Richterkommissar*, also dem verordneten Richter die Rede, worunter – ohne dass sich dies aus dem Gesetzeswortlaut herleiten ließe – kurzerhand der ersuch-

⁹³⁶ Entwurfsbegründung Seite 7

⁹³⁷ Beschlussempfehlung Seite 9

⁹³⁸ *Ahrens*: Mediationsgesetz und Güterichter – Neue gesetzliche Regelungen der gerichtlichen und außergerichtlichen Mediation, NJW 2012, 2465

⁹³⁹ Gesetz zur Reform des Zivilprozesses, 72.7.2001, BGBl. I, 1887 ff

te, der beauftragte *und* der Güterichter gefasst werden⁹⁴⁰. Die Unterscheidung ist erheblich, weil der ersuchte Richter, anders als der beauftragte Richter, lediglich *Rechtshilfe* leistet. Deren überprüfbare Verbindlichkeit ergibt sich aus § 158 GVG, wenn sie von einem anderen Gericht zu leisten ist. Obwohl eine Rechtshilfe im selben Gericht weder tunlich noch geboten ist, gehen die Begründungen der Beschlussempfehlung, ebenso wie die Empfehlung des BR, davon aus, dass der Güterichter auch dann ein *ersuchter* Richter sei, wenn er demselben Gericht angehört.

[1119] Das Gesetz selbst qualifiziert den Güterichterstatus nicht. Folgt man der Empfehlung des BR, dann war der Grund, den Güterichter nicht als ersuchten Richter zu bezeichnen, lediglich von der Absicht getragen, jedem Richter derselben Gerichtsbarkeit außerhalb des streitentscheidenden Spruchkörpers (Prozessgericht), gleichgültig ob er demselben Gericht (Organisationseinheit) oder derselben Instanz angehört, zu befähigen, als Güterichter zu fungieren. Sein Status wurde bei den Erörterungen des Gesetzes nicht thematisiert. Die Möglichkeit, ein Mitglied des streitentscheidenden Spruchkörpers als *beauftragten* Richter mit der Durchführung einer Güteverhandlung zu betrauen, sollte *daneben* erhalten bleiben⁹⁴¹. Eine Erläuterung der Bundesregierung zu der nach der Intervention des Vermittlungsausschusses erfolgten Änderung besagt: „Die Neufassung des § 278 Absatz 5 ZPO soll ermöglichen, die bestehenden Güterichtermodelle fortzuführen. Diese sind sowohl gerichtsintern als auch

⁹⁴⁰ Gehrlein (ZPO), § 229, Rdnr 1

⁹⁴¹ BR-Drucksache 60/1/11, Seite 9

gerichtsübergreifend organisiert. Um Missverständnisse zu vermeiden, wird der nicht entscheidungsbefugte Güterichter an die Stelle des *ersuchten* Richters gesetzt⁹⁴². Die „zu vermeidenden Missverständnisse“ betrafen somit die Verweisungsmöglichkeiten, *nicht* den Richterstatus. Mithin ist der Güterichter ein nicht entscheidungsbefugter, *ersuchter* Richter der entweder am selben oder an einem anderen Gericht *kommisсарisch* tätig wird, ohne Teil des Spruchkörpers zu sein.

[1120] In der Literatur wird die Meinung vertreten, dass der Güterichter weder ein *ersuchter* noch ein *beauftragter* Richter sei⁹⁴³. Entgegen der Begründung des BR wird unterstellt, der Gesetzgeber habe den richterlichen *Status* ändern wollen, als er den Begriff "ersuchter Richter" aus dem Gesetzestext gestrichen hat. Wäre diese Annahme zutreffend, hätte der Gesetzgeber sein eigenes Gesetz umgangen, wenn der Güterichter trotzdem einen Mediatorenstatus haben sollte [548]. Um sich aus dem Geschmack einer Gesetzesumgehung zu lösen, muss sich ein Unterschied im Verfahren herausstellen. Das *Verfahren*, innerhalb dessen die Mediation als Methode angewendet wird, hat andere Rahmenbedingungen als die Mediation. Die Neuschaffung eines nicht nur der Entscheidung enthobenen, sondern auch von jeglicher Rechtskontrolle befreiten Richters, wirft nicht nur Fragen über das Ansehen der Justiz auf. Es tangiert auch die bereits angesprochenen verfassungsrechtlichen Fragen

⁹⁴² Drucksache 17/5496, Seite 2

⁹⁴³ *Dürschke NZS* 2013, 41

[1036]. *Ahrens*⁹⁴⁴ sieht in dem Konstrukt des Güterichters eine funktionale Zwischenstellung, die sich als das Ergebnis eines rechtspolitischen Kompromisses darstellt. Die Grundlage dieser verbindenden Formulierung und deren rechtlicher Gehalt seien offen und unbestimmt geblieben. Die Rechtsstellung des Güterichters sei aus der kombinatorischen Einordnung als nicht entscheidungsbefugter Richter noch zu entwickeln⁹⁴⁵. Der Status des Güterichters sollte eindeutig definiert sein. Auswirkungen ergeben sich beispielsweise für die Frage der Anwendung des § 229 ZPO auf die Güterichterverhandlung, die Grenzen der Vertraulichkeit, die Teilnahme der Rechtsanwälte gem. § 78 Abs. 3 ZPO und die Frage, inwieweit der Güterichter als gesetzlicher Richter die Geschäftsverteilung bestimmt. Auswirkungen ergeben sich aber auch auf das Ansehen der Justiz und ihre Selbstsicht. Der Wortlaut des Gesetzes ist eindeutig. Sein Status definiert sich spätestens aus einer verfassungskonformen Gesetzesauslegung heraus. Ein nicht entscheidungsbefugter Richter ist der ZPO nicht unbekannt. Ein zur Vernehmung eines Zeugen eingesetzter, beauftragter oder ersuchter Richter ist ebenfalls nicht zur Entscheidung berufen. Die auf das Ergebnis und auf prozessuale Entscheidungen bezogene mangelnde Entscheidungsbefugnis gibt also keinen Grund für Diskussionen. Nach dem Gesetzeswortlaut lautet das vom Prozessrichter an den Güterichter gem. § 278 Abs. 5 ZPO zu erteilende Er-

⁹⁴⁴ *Ahrens*: Mediationsgesetz und Güterichter – Neue gesetzliche Regelungen der gerichtlichen und außergerichtlichen Mediation, NJW 2012, 2465

⁹⁴⁵ *Ahrens*: a.a.O.

suchen, eine *Güteverhandlung* durchzuführen. Was das ist, regelt § 278 Abs. 2 ZPO. Auslegungsfragen tauchen nur auf, wenn der Güterichter als Mediator gesehen wird. Trotzdem sollte die in der Literatur und sicherlich auch in der Rechtsanwendung entstandene Unsicherheit durch eine gesetzliche Klarstellung beseitigt werden, indem die Rechtsstellung des Güterichters als ein zur Rechtshilfe berufener Richter [1123] im Gesetz erwähnt wird. Wenn der Gesetzgeber dem Richter eine andere Rolle außerhalb der Rechtskontrolle zuschreiben will, dann mag er das im Interesse der Rechtsstaatlichkeit und zum Schutz der Richter ebenso deutlich herausstellen.

☞ Klärung des Güterichterstatus

Die Macht des Güterichters

[1121] Anders als der Mediator ist der Güterichter frei in der Wahl seiner *Methoden*. Theoretisch muss er diese nicht einmal mit den Parteien abstimmen. Er kann sie verordnen. Die Regeln der Mediationskunst gelten für ihn nicht, zumindest nicht im juristischen Verständnis mit der Konsequenz einer Haftung. Auf das Spruchrichterprivileg kann sich der Güterichter jedoch nicht berufen. § 823 Abs. 2 BGB befreit von der Haftung nur, wenn die Amtspflichtverletzung „... bei dem Urteil ...“ erfolgt. Der Zweck des Richterprivilegs, die Rechtskraftwirkung einer Entscheidung nicht dadurch zu umgehen, dass durch eine Amtshaftungsklage das “Urteil” zum Gegenstand der Nachprüfung in einem anderen Verfahren gemacht wird⁹⁴⁶, erfasst den Güterichter nicht. Mithin haf-

⁹⁴⁶ BGH, NJW 1968, 989, (990); BGH, NJW 1969, 876

tet der Güterichter nach den allgemeinen Grundsätzen der Amtshaftung⁹⁴⁷. Anwälte sehen in der Methodenhoheit des Güterichters ein Problem, das sie davon abhalten könnte, den Güterichter ihren Mandanten zu empfehlen. Tatsächlich müssen sie die Vorgehensweise des individuellen Güterichters kennen. Hier wird es erforderlich sein, das Güterichterverfahren genauer zu definieren. Denkbar wäre es auch, die jeweils verwendeten Methoden (Verfahren) im Geschäftsverteilungsplan mit der Benennung des Güterichters zu verknüpfen. Innovativ wäre es, wenn sich die Güterichter und ihre Arbeitsweise etwa auf der Webseite des Gerichts vorstellen.

Die Ohnmacht des Güterichters

[1122] Die Rechtsstellung des Güterichters verleiht ihm zwar eine Methodenmacht. Andererseits setzt sie die rechtlichen Grenzen der Verhandlungsführung fest. Beispiel: Was in der Güteverhandlung außerhalb des Beibringungsgrundsatzes bekannt wird und in das Amtsermittlungsprinzip fällt, wäre von einem *beauftragten* oder *ersuchten* Richter als Teil der rechtsprechenden Gewalt sicherlich zu beachten und in das Verfahren einzuführen. Handelt es sich bei dem Güterichter um einen ersuchten Richter, dann ist die Rechtslage nicht anders zu beurteilen. Er hat den Amtsermittlungsgrundsatz zu beachten und muss das erkennende Gericht gegebenenfalls informieren. Eigene Ermittlungen hat er in keinem Fall durchzuführen. Individuelle Verfahrensabsprachen, wie sie die

⁹⁴⁷ Ahrens, NJW 2012, 2465 S. 2470

MDV erwartet, sind ihm verwehrt und allenfalls in den Grenzen seiner richterlichen Befugnisse gestattet.

Güterichter als ersuchter Richter

[1123] Verfassungsrechtlich bedenklich [1036] wird die Rechtslage, wenn der Güterichter *nicht* als ein zur Rechtshilfe ersuchter Richter angesehen wird. Nur dann verliert sich sein Auftrag aus dem justiziellen Bezug. Die Grenzwertigkeit jeder anderen Auffassung wird deutlich, sobald die Amtsermittlungspflicht des Gerichts zur Sprache kommt. Sie ist beispielsweise in den §§ 127 FamFG, 103 SGG vorgeschrieben. In diesen Verfahren hat *das Gericht* von Amts wegen die zur Feststellung der entscheidungserheblichen Tatsachen erforderlichen Ermittlungen durchzuführen. Der Güterichter ist als ein Teil der Gerichtsbarkeit, nach Art. 97 GG sowie § 25 DRiG dem Gesetz unterworfen. Allerdings ist er, da er nicht zur Entscheidung berufen ist, von der Amtsermittlungspflicht insofern befreit, als er keine zur Feststellung der entscheidungserheblichen Tatsachen erforderlichen Ermittlungen durchzuführen hat. Als ersuchter oder beauftragter Richter würde er sich aber als ein Teil der rechtsprechenden Gewalt verstehen und dem erkennenden Gericht inhaltlich zuarbeiten.

[1124] Um dem Güterichter die gebotene Vertraulichkeit zuzuschreiben, könnte man die Auffassung vertreten, dass das Ersuchen an den Güterichter nicht zur Rechtshilfe erfolge aber zur Prozesshilfe. Dann könnte es als ein auf die Vergleichsverhandlung beschränkter Auftrag verstanden werden, der den Richter von allen Maßnahmen befreit, die der gerichtlichen Erkenntnisfindung dienen.

Gegebenenfalls wäre ein klarstellender Hinweis in der Verweisung hilfreich, der den Güterichter ausdrücklich davon befreit, sich um die Rechtsfindung zu bemühen. Würde sich ein Prozessrichter trauen einen solchen Verweisungsbeschluss auszustellen?

[1125] Es wäre kaum vorstellbar, dass ein Richter ohne eine klare gesetzliche Ermächtigung einen Güterichter um Rechtshilfe ersucht, indem er ihn auffordert, eine Vergleichsverhandlung unter Missachtung zwingender Tatumstände durchzuführen. Hat der Prozessrichter umgekehrt zu befürchten, dass Fakten aufkommen könnten, die er in einem Erkenntnisverfahren zu verwerten hat, dann ist ein Verweis an den Güterichter schon aus diesem Grunde ausgeschlossen. Mit der Verweisung an den Güterichter hat somit auch der Prozessrichter die Verantwortung über das, was im Verfahren geschieht. Es ist nicht allein eine Angelegenheit des Güterichters, wie er in der Güteverhandlung vorgeht.

[1126] Dass der Gesetzgeber dem Güterichter eine der hoheitlichen Kontrolle entzogene Vertraulichkeit garantieren wollte, ergibt sich nicht aus dem Gesetz. Es ist fraglich, ob eine solche Vorschrift der politischen Kontrolle standhält. Sie wird dennoch aus dem Umstand gefolgert, dass der Gesetzgeber den Güterichter von der Protokollierungspflicht befreit hat. Vertreten wird auch die Auffassung, dass der Güterichter wegen der Ermächtigung in § 278 Abs. 5 S. 2 ZPO, sich der Methode der Mediation zu bedienen, der Vertraulichkeit ein Vorrang einzuräumen hat. Diese Auffassung würde voraussetzen, dass der Güterichter die Methode der Mediation auch

tatsächlich anwendet und nicht etwa eine Methode, die alles andere ist als Mediation und eher einer in der Vertraulichkeit nicht privilegierten Vergleichsverhandlung mündet. Mit anderen Worten: Es wäre falsch und ist dem Gesetz gerade *nicht* zu entnehmen, dass die Güteverhandlung mit der Mediation gleichgesetzt wird. Schon die in § 278 Abs. 3 ZPO festgelegte Pflicht zum persönlichen Erscheinen ist der Mediation fremd. Die optionale Ermächtigung zur Anwendung der Methoden der Mediation ist demnach kein Argument zur Definition des Verfahrens oder des Richterstatus und rechtfertigt nicht die Annahme einer so weit reichenden Vertraulichkeit.

[1127] § 278 Abs. 5 ZPO schreibt den Verweis in eine Güteverhandlung, nicht in eine Mediation vor. Die Güteverhandlung ist in § 278 Abs. 2 ZPO als eine Verhandlung definiert, in der der Sach- und Streitstand zu erörtern ist. Dieser Auftrag weicht von dem des Mediators ab. In der Mediation wird der Streitstand in Phase zwei lediglich festgestellt. Erörtert werden Zukunftskonzepte, also nicht, wer was falsch gemacht hat, sondern wie was zu lösen ist. Die Erörterung des Sachverhaltes spielt nur dann und insoweit eine Rolle, wie Fakten auf die Zukunftsgestaltung einwirken. Das könnte der Fall sein, wenn sich beispielsweise in einem Verfahren über die Frage der Rentengewährung ein bis dato unbekanntes Fakt herausstellt, das die Erwerbsfähigkeit ergibt und sich herausstellt, dass die Klage zurückzuweisen ist. Die in der Güteverhandlung anwesende Gegenpartei wird dieses Fakt ebenfalls gewahr. Würde die Partei das in der Güteverhandlung eingeräumte Fakt in der Sachverhandlung bestreiten, begeht sie einen Prozessbetrug. Der Gü-

terichter muss jetzt darauf achten, dass er nicht zum Beihelfer wird. Ein anderes Beispiel sind Familiensachen. Erfährt der Güterichter beispielsweise eine Tatsache, die eine Kindeswohlgefährdung nahe legt, wird es für niemanden mehr verständlich sein, wenn die Justiz die Augen verschließt.

[1128] Weil die vorgeschriebene Erörterung des Sach- und Streitstandes der Verfahrenscontainer ist, in dem die Methode der Mediation (mithin die Mediation) zur Anwendung kommt, könnte geschlussfolgert werden, dass der Auftrag an den Güterichter nur dann auf eine Mediation abzielen kann, wenn es auch in der Mediation auf eine solche Erörterung ankommen mag. Der Auftrag kollidiert mit dem in die Zukunft gerichteten Konzept der Mediation, so dass zu fragen ist, wie der Güterichter dann überhaupt in der Lage sein kann, die Mediation anzuwenden. Es obliegt der richterlichen Unabhängigkeit, wie die Verhandlung geführt wird und was der Richter unter der Erörterung des Sach- und Streitstandes im Einzelfall versteht. Wie bei der gerichtsintegrierten Mediation festgestellt wurde, ist es möglich und geboten, die menschlichen Bedürfnisse im Prozess auch jenseits der Fakten zu beachten. Wenn dies rechtswidrig sein soll, dann kommt die Frage nach dem Selbstverständnis des Rechts und der Justiz auf. Ist das Recht dazu da, dem Menschen zu dienen oder ist der Mensch dazu da, dem Recht zu dienen?

[1129] Der Güterichter könnte der Rechtsprechung ausgeliefert sein, wenn um die Frage der Verwendung oder Nichtverwendung von Tatsachen, die in der Gütever-

handlung aufgekommen sind, gestritten wird. Einen Prozessvertrag, wie er mit einem Mediator möglich wäre, kann er jedenfalls nicht schließen. Wenn in der Literatur davon die Rede ist, dass der Güterichter z.B. Absprachen zur Vertraulichkeit treffen könne, dann bezieht sich diese Befugnis lediglich auf die Klarstellung, *wie* er mit dem Problem der Vertraulichkeit im Beibringungsverfahren einerseits und im Amtsermittlungsverfahren andererseits umgeht. Keinesfalls ist es möglich, dass er sich seiner Amtspflichten durch Parteiabsprachen entledigt⁹⁴⁸. Ohne eine solche Klarstellung sind die Parteien dem Güterichter ausgeliefert, wie er mit Tatsachen umgehen wird. Es wird kritisiert, dass der Gesetzgeber dem Richter für dieses Dilemma keine durchgreifende Lösung anbietet⁹⁴⁹.

☞ Vertraulichkeit bei Amtsermittlung

Praktische Relevanz

[1130] Der Unterschied zur Praxis der Mediation ist übrigens gar nicht so groß. Wie erwähnt, spielen Sachverhalte in der Mediation meist keine so große Rolle. Der Blick des Mediators ist in die Zukunft gerichtet. Sachverhalte sind nur insoweit relevant, wie sie die Zukunft gestalten und nicht lediglich Bewertungen, also Schlussfolgerungen aus Fakten darstellen. In der Mediation stehen die Motive im Vordergrund. Auch der Mediator unterliegt gem. § 4 nur einer limitierten Schweigepflicht. Sie endet am Ordre Public. Der Güterichter könnte sich also – wie

⁹⁴⁸ Greger/Unberath Teil 4 Rdnr 118

⁹⁴⁹ *Dürschke*: Güterichter statt Mediator – Güteverhandlung und Mediation im sozialgerichtlichen Verfahren, NZS 2013, 41

der Mediator - an dieser Vorschrift orientieren und das erkennende Gericht nur auf solche Umstände hinweisen, die zur Abwehr einer Gefährdung und nicht zur Ermittlung des Sachverhaltes erforderlich sind.

[1131] Rechtsanwälte sehen in der rechtlichen Unklarheit ein Dilemma⁹⁵⁰. Sie werden darauf drängen, bei den Verhandlungen anwesend zu sein, um ihre Mandanten gegebenenfalls zu schützen, oder von der Teilnahme an einer Güteverhandlung abraten, wenn die Gefahr besteht, dass Tatsachen, die der Amtsermittlung unterliegen, aufkommen könnten.

Parteien und Teilnehmer

[1132] Parteien sind die Prozessparteien. Die Rechtsanwälte sind – wie auch im Regierungsentwurf für das Modell des Richtermediators angedacht – nicht zu beteiligen. Auch wenn die Informationsschrift zum Güterichterverfahren in Bayern herausstellt, dass die Teilnahme von Rechtsanwälten im Güterichtertermin erforderlich sei⁹⁵¹, ergibt sich aus § 78 Abs. 3 ZPO, dass der Anwaltszwang bei dem Verfahren vor einem *ersuchten* Richter nicht besteht⁹⁵². Wer den Güterichter nicht als ersuchten Richter ansieht, muss die Vorschrift analog anwenden. Die Teilnahme eventuell weiterer Interessenbetroffener ist – wie in einem erkennenden Gerichtsver-

⁹⁵⁰ Ahrens: Mediationsgesetz und Güterichter – Neue gesetzliche Regelungen der gerichtlichen und außergerichtlichen Mediation, NJW 2012, 2465

⁹⁵¹ Siehe auch: Justiz Bayern (Information zum Modellprojekt "Güterichter")

⁹⁵² Heinrich, ZPO § 361 Beweisaufnahme durch beauftragten Richter, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Rn 7

fahren auch – nur auf freiwilliger Basis möglich, wenn alle zustimmen.

[1133] Ein weiterer gravierender Unterschied zur Mediation ist schließlich die Tatsache, dass der Güterichter das pers. Erscheinen der Parteien nach § 278 Abs. 3 anordnen kann. Jeder Mediator beneidet den Richter um diese Möglichkeit. Erscheint eine Partei nicht, kann das Gericht nach § 141 ZPO ein Ordnungsgeld verhängen. Erscheinen beide Parteien nicht ist nach § 278 Abs. 4 ZPO das Verfahren zum Ruhen zu bringen.

[1134] Der Parteienbegriff ist im prozessualen Sinn zu verstehen. Parteien sind also nur die Parteien des Gerichtsverfahrens, nicht die „Stakeholder“, wie in der Mediation.

Die Verweisung

[1135] Nach dem Wortlaut des Gesetzes *kann* das Gericht die Parteien für die Güteverhandlung vor einen Güterichter verweisen. Der Verweis in die Güterichterverhandlung ist von der Anordnung der Güteverhandlung zu unterscheiden. Der Verweis erfordert einen Beschluss des Gerichts.

Rechtswirkung

[1136] Für die Rechtsqualität der Verweisung kommt es wieder auf die Qualifikation des Güterichters an. Ist er ein beauftragter Richter, muss er die Verweisung hinnehmen. Ist er ein ersuchter Richter, *verpflichtet* ihn § 158 GVG das Ersuchen auszuführen. Ohne dass sich dies aus dem Gesetzeswortlaut ergibt, impliziert die Begrün-

derung zur Beschlussempfehlung, dass der ausführende Güterichter *ein dazu bereiter Richter* sein soll⁹⁵³. Argumentiert wird mit dem Zweck der Güteverhandlung und dem dort einfließenden Grundsatz der Freiwilligkeit [673]. Nicht nur der Güterichter, sondern auch die Parteien sollen mit der Verweisung einverstanden sein. Die Begründung zur Beschlussvorlage führt aus⁹⁵⁴: „Die Durchführung einer Güteverhandlung und weiterer Güteversuche vor einem Güterichter sind aussichtsreich, wenn die Parteien für eine einvernehmliche Konfliktlösung offen und deshalb grundsätzlich bereit sind, sich auf ein solches Verfahren einzulassen“. Vor diesem Hintergrund kommt der Verweis vor einen zur Durchführung einer Güteverhandlung bereiten Güterichter nur mit Einverständnis der Parteien in Betracht“.

[1137] Damit die rechtlich korrekte Begründung der Zuständigkeit des Güterichters auch mit den Methoden der Konfliktbeilegung insbesondere der „reinen Mediation“ also innerhalb eines isolierten Verfahrens stimmig ist, verläuft die Verweisung verdeckt in einem als solchen nicht ausgewiesenen Clearing- oder Zwischenverfahren [1138].

Verfahren

[1138] Bei einigen ausländischen Gerichten wurden Mediationsabteilungen eingerichtet. Hält ein Richter den Fall für mediationsgeeignet, übersendet er die Akte dieser Abteilung. Der Mediationsrichter bzw. ein Mitarbeiter

⁹⁵³ Drucksache 17/8058, Seite 21

⁹⁵⁴ Drucksache 17/8058, Seite 21

setzen sich jetzt mit den Parteien in Verbindung, um über eine Mediation nachzudenken. Der Übergang vom Erkenntnisverfahren in eine gerichtsinterne Mediation ist also einem Zwischenverfahren vorbehalten, das als Clearingverfahren bezeichnet wird. Der Vorteil einer eigenständigen Clearinginstanz ist deren Unabhängigkeit. Ihr Nachteil ist, dass der Koordinator nicht der Entscheider ist. Er ist also kaum in der Lage eine Aussage über die Prozesslage und die Erfolgsaussichten zu machen, weil er das Verfahren nicht kennt.

[1139] In einem Richtertraining hatte sich während der Demonstration einer Mediation – oder besser gesagt einer Güterichterbehandlung mit Methoden der Mediation – der Fall ergeben, dass die Parteien in einer familienrechtlichen Herausgabeklage sehr zaghafte und versteckte Andeutungen auf Ihre Beziehung machten. Der Mediator / Güterichter konnte sie mit den Mitteln der transformativen Mediation herausarbeiten. Die zuschauenden Richter und ebenso die Rollenspieler waren ebenso erschreckt wie angetan von der sich daraus ergebenden Entwicklung. Sie erkannten, dass durch die aufwändige Herausarbeitung des Beziehungsthemas eine Chance gegeben war, dass sich die streitenden Eheleute nicht nur auf den herauszugebenden Gegenstand sondern auch über die Frage der Trennung neu einigen konnten. Man war sich einig, dass diese Tiefe im gerichtlichen Setting kaum erreicht werden könne. Über diese Einschätzung kann man streiten. Es ist weniger eine Frage des Settings als der Kompetenz. In jedem Fall war man sich einig, dass die Parteien die Gelegenheit haben sollten das Beziehungsthema ausführlich zu erörtern. Man war sich auch

einig, dass dies im Rahmen einer Güteverhandlung nicht möglich sei. Kommt es dem Güterichter nun darauf an, Den Konflikt - nicht den Rechtsstreit - zu lösen, dann wird er den Parteien raten, eine externe Mediation durchzuführen. Weil der Güterichter nicht der Prozessrichter ist, obliegt ihm nicht die Entscheidung über den Fortgang des Verfahrens. Er hat deshalb die Güterichter-verhandlung abubrechen und die Entscheidung über das Ruhen und die nunmehr gebotene „Aussetzung“ zum Zweck der Durchführung einer Mediation dem Prozessgericht zu überlassen. Der Gesetzgeber mag klarstellen, dass der Güterichter die Befugnis hat, ebenfalls das Verfahren zum Zweck der Durchführung einer Mediation zum Ruhen zu bringen.

✍ Güterichter darf in externe Mediation verweisen

[1140] Nach bayerischem Vorbild könnte die Durchführung der Güteverhandlung wie folgt abzuwickeln sein:

1. Der nach der Geschäftsverteilung zuständige Streitrichter entscheidet, ob er ein Verfahren für mediationsgeeignet hält;
2. geeignete Verfahren leitet er zunächst informell an den zuständigen Güterichter. Diese Verfahren werden in einem gesonderten Register erfasst;
3. hält der Güterichter den Fall ebenfalls für geeignet, so klärt er, ob die Parteien in dieser Sache zu einem Schlichtungsversuch bereit sind;
4. falls ja, wird die Sache dem Güterichter formell zugewiesen. Dieser vereinbart mit den Parteien einen Termin. Andernfalls leitet er die Akten (über das Sonderregister) an den zuständigen

Streitrichter zur Fortsetzung des Verfahrens zurück. Das gilt auch, wenn der Güterichter die Sache von vornherein für ungeeignet hält;

5. gelingt im Schlichtungstermin eine Einigung der Parteien, so protokolliert der Güterichter einen richterlichen Vergleich. Das Verfahren ist damit abgeschlossen; die Akten laufen über das Sonderregister und den Streitrichter an dessen Geschäftsstelle zurück. Gleiches gilt bei anderweitiger Erledigung (Klgrücknahme, Erledigterklärung, Anerkenntnis);
6. scheidet der Schlichtungsversuch, so leitet der Güterichter die Akten (über das Sonderregister) an den zuständigen Streitrichter zur Fortsetzung des Verfahrens zurück.

Zeitpunkt

[1141] Nach § 278 Abs. 2 ZPO wird die Güteverhandlung zu Beginn des Prozesses also noch vor der eigentlichen streitigen mündlichen Verhandlung angesetzt. Weil in der Güteverhandlung der Sach- und Streitstand zu erörtern ist, muss sie *nach* Vorlage der Klageschrift und der Klageerwiderung anberaumt werden.

Nachgeholte und weitere Güteversuche

[1142] Ergibt die *streitige* Verhandlung erst die Bereitschaft zur gütlichen Einigung, dann kann und sollte es möglich sein, den Güterichter auch dann noch einzuschalten. Der erst durch den Rechtsausschuss im Bundestag ergänzte Zusatz „für weitere Güteversuche“ sollte klarstellen, dass das Gericht die Parteien nicht nur für die

erste Güteverhandlung, sondern auch für mögliche weitere Güteversuche an den Güterrichter verweisen kann. Der Begriff „weitere“ setzt einen ersten Versuch voraus, so dass die zeitliche Anordnung der Güteverhandlung nach § 278 Abs. 2 ZPO damit nicht aufgehoben ist. Mit der aus § 278 Abs. 1 ZPO folgenden Anweisung, wonach das Gericht in jeder Lage des Verfahrens auf eine gütliche Beilegung des Rechtsstreits oder einzelner Streitpunkte bedacht sein soll, bestehen aber auch keine Bedenken, wenn der Erstverweis an den Güterrichter erst im Laufe der mündlichen Verhandlung möglich wird. Die Güteverhandlung und somit auch die Güterichterbehandlung ist *nachzuholen* bzw. zu wiederholen, wenn sich (erst bzw. erneut) im Laufe der streitigen Verhandlung eine Chance zur gütlichen Beilegung zeigt⁹⁵⁵.

Güteverhandlung im Berufungsverfahren

[1143] Berufungs- und Revisionsgerichte haben im Modell der gerichtlichen Mediation oft schon nach Eingang des Rechtsmittels, also noch vor dem Eingang der Begründung in die Mediation verwiesen. Diese Praxis ist nach dem Inkrafttreten des MediationsG bedenklich. Zwar hat das Berufungs- und Revisionsgericht nicht zwingend eine Güteverhandlung durchzuführen. Allerdings ist auch das Rechtsmittelgericht an § 278 Abs. 1 gebunden⁹⁵⁶. Wenn es eine Güteverhandlung anordnet, dann ist es nach §§ 525, 555 ZPO an die Vorschriften des § 278 Abs. 2 und 5 gebunden. Demnach ist auch in der Güteverhandlung der Rechtsmittelinstanz in den Sach-

⁹⁵⁵ Foerste (Güteverhandlung), NJW 2001, 3103

⁹⁵⁶ Deutscher Bundestag Drucksache 14/4722, S. 99

und Streitstand einzuführen. Dies ist kaum möglich, ohne die Rechtsmittelbegründung und die Erwiderung zu kennen. Die Empfehlung einer externen Mediation wäre unbedenklich. Für die vorgezogene Zulässigkeit der Güteverhandlung spricht lediglich der Auftrag des § 278 Abs. 1, wonach in jeder Lage des Verfahrens auf eine gütliche Einigung hingewirkt werden kann. Da die Güteverhandlung in dieser Instanz verzichtbar ist, muss sie nicht nachgeholt werden, falls die vorgezogene, nicht dem Gesetz entsprechende Güterichterverhandlung gescheitert ist und die Begründungen inzwischen eingegangen sind.

[1144] Zu erfahren war auch⁹⁵⁷, dass manche Rechtsmittelgerichte das Ruhen des Verfahrens anordnen, wenn sie das Verfahren an den Güterichter verweisen. Die Auffassung, dass dadurch die Berufungsbegründungsfrist unterbrochen werde, stimmt nicht mit § 251 ZPO überein. Nach § 251 ZPO laufen die in § 233 ZPO genannten Notfristen und Rechtsmittelbegründungsfristen weiter. Die Verbindung des Verweisungsbeschlusses mit einer Ruhensanordnung erfolgt im Übrigen entgegen den Wortlaut des § 278 Abs. 4 ZPO, der das Ruhen für den Fall des Ausbleibens der Parteien vorsieht.

Verhältnis zur Konfliktdynamik

[1145] Obwohl 278 ZPO den Richter in jeder Lage des Verfahrens zur Schlichtung auffordert, hat die Güteverhandlung eine diesen Auftrag verstärkende Wirkung. Ihr Ziel ist ausschließlich die Herbeiführung einer Einigung. Mit der Anordnung einer Güteverhandlung wird dieses Ziel

⁹⁵⁷ Quelle: Gespräche *Trossen* mit Richtern am OLG.

verstärkt. Die Güterichter Verhandlung ist nicht zwingend. Nach dem Wortlaut des Gesetzes *kann* das Gericht die Parteien für die Güteverhandlung vor einen Güterichter verweisen. Das Gericht *muss* also *keine* Verweisung an einen anderen Richter durchführen. Es *kann* die Güteverhandlung also auch selbst durchführen. Die Güterichter Verhandlung sollte nur dort angewendet werden, wo der Richter seine eigenen Grenzen erkennt oder wo die Parteien darauf angewiesen sind einen exklusiven Rahmen für die Kooperation zu finden. Die Notwendigkeit ist somit abhängig von den Chancen einer Konfrontation (Erfolgschancen des Gerichtsverfahrens), der Konflikt dimension und dem Eskalationsgrad des Konfliktes.

[1146] Aus der Sicht der Parteien erfolgt ein Wechsel von der Konfrontation zur Kooperation. Die in der Güteverhandlung vorgeschriebene Einführung in den Sach- und Streitstand mag, ergänzt um die Einschätzung des Gerichts und die Frage nach dem Nutzen einer gerichtlichen Regelung dazu beitragen, die Notwendigkeit eines Strategiewechsels zu erkennen. Im Grunde werden die Phasen eins und zwei durchgeführt. Jetzt haben die Parteien eigentlich erst alle Informationen, um ihre Strategie wechseln zu können. Die Güteverhandlung ist somit ein ideales Clearingverfahren [1138] mit der Option, sowohl die Einigung, wie auch die streitige Entscheidung im selben Verfahren anzuschließen. Oft wird das Clearingverfahren [1138] noch vor die Güteverhandlung geschaltet. Die Hinterfragung der Interessen ist durchaus auch im Gerichtsverfahren möglich ja sogar im Erkenntnisverfahren. Ob sie gelingt, hängt von den Parteien, der Kompetenz des Schlichters und dem Eskalationsgrad ab. Dies

mag zunächst ausgelotet werden, um dann die Entscheidung für das richtige Verfahren treffen zu können.

[1147] Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die Güteverhandlung ebenso wie die Güterichterverhandlung einen sinnvollen Verfahrensabschnitt markiert. Die Tatsache, dass die Verfahren formal mehr oder weniger getrennt präsentiert werden kann einen Vor- und Nachteil darstellen. Der Vorteil ist die bessere Klarheit für die Parteien und ein leichter Übergang in die Kooperation. Der Nachteil ist die Isolation der Verfahren und die Gefahr, den Blick auf den gesamten Prozess zu verlieren.

Rechtsmittel

[1148] Der Verweisungsbeschluss ist nach ganz h.M. weder zu begründen noch ist er anfechtbar. Für eine Anfechtung dürfte ohnehin die Beschwer fehlen, weil die Parteien die Güterichterverhandlung jederzeit abbrechen können⁹⁵⁸.

Auswahl des Güterichters

[1149] Bei der zuvor beschriebenen Abwicklung erfolgt die Zuweisung zum Güterichter zunächst nach einer Beurteilung von Seiten der Richter. Halten der erkennende Richter und der Güterichter den Fall für geeignet, bemüht sich der Güterichter um die Zustimmung der Parteien für die vorgesehene Verfahrensweise. Die Verweisung erfolgt dann im Einvernehmen. Auf diese Weise korrigiert die Praxis die Verweisungsvorschrift des Ge-

⁹⁵⁸ Foerste (ZPO) § 278, Rn 3

setzes, die im Wortlaut nicht an eine Zustimmung der Parteien geknüpft wird.

[1150] § 2 Abs. 1 besagt, dass die Parteien den Mediator auszuwählen haben. Diese Vorschrift ist auf den Güterichter nicht anwendbar. Selbst wenn der Güterichter ein gesetzlicher Richter ist, ergibt sich, in Umkehrung des Grundsatzes, dass niemand seinem gesetzlichen Richter entzogen werden darf, auch niemand seinen Güterichter wählen kann.

Der gesetzliche (Güte-)Richter

[1151] Die Frage, ob der Güterichter ein gesetzlicher Richter ist oder nicht, hat Auswirkungen auf die Gerichtsorganisation. Dass er ein gesetzlicher Richter ist, leitet sich aus Art. 101 GG ab⁹⁵⁹. Allerdings weist *Dürschke* darauf hin, dass Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG nur den Richter in seiner *rechtsprechenden* Funktion an der Entscheidungsfindung beteilige⁹⁶⁰. Er bezeichnet den Güterichter deshalb nicht als gesetzlichen Richter, sondern als gesetzlichen Güterichter. Wenn der Güterichter, wie hier angenommen, ein ersuchter Richter ist, dann findet 101 GG Anwendung. Nach allen Meinungen ist die Verhandlung vor dem Güterichter eine richterliche Aufgabe. Ihre Vorhaltung hat schon deshalb Auswirkungen auf die Gerichtsorganisation. Sie ist nun ein Geschäft, für das administrative Vorkehrungen zu treffen sind.

⁹⁵⁹ BVerfGE 4, 412, 417.

⁹⁶⁰ *Dürschke*: NZS 2013, 41 mit Zitaten aus Schmidt-Bleibtrau/Hofmann/Hopfauf, GG Kommentar, 11. Aufl. 2008,, Rdnr. 7. A.A. Maunz-Dürig, GG Kommentar, Art. 101 Rdnr. 16

Geschäftsverteilung

[1152] Nach § 21e GVG bestimmt das Präsidium des Gerichts die Besetzung der Spruchkörper, bestellt die Ermittlungsrichter, regelt die Vertretung und verteilt die Geschäfte. Da der Güterichter kein Teil des Spruchkörpers ist, fällt die Verwendung des Güterichters unter die Regelung der Geschäfte. Nachdem der Güterichter nunmehr – anders als der Richtermediator – Teil der rechtssprechenden Gewalt ist, muss seine Verwendung im Geschäftsverteilungsplan nach den Grundsätzen des gesetzlichen Richters erfolgen. Das bedeutet, dass der Güterichter (anders als § 2 Abs. 1) nicht von den Parteien zu wählen ist, sondern sich aus dem Geschäftsverteilungsplan zu ergeben hat. Somit bestehen auch Bedenken gegen die Praxis einer weitgehend freien Zuteilung durch einen Koordinator oder eine Clearingstelle⁹⁶¹.

☞ Freie Wahl des Güterichters ermöglichen

[1153] Die Wahl des Güterichters erfolgt in der Praxis nur indirekt, wenn die Parteien vor der Verweisung ihr Einverständnis zur Güteverhandlung erklärt haben. Wenn das Gericht einen Pool von Güterichtern für das jeweilige Fachgebiet vorhält, müssen objektive Gesichtspunkte für die Auswahlentscheidung festgelegt sein. Die Zuständigkeit des Güterichters muss sich aus der Geschäftsverteilung ableiten lassen⁹⁶².

[1154] Die Wahrnehmung der Aufgaben als Güterichter gehört zu den Geschäften im Sinne des § 21e Absatz 1

⁹⁶¹ Dürschke, NZS 2013, 41

⁹⁶² Dürschke, NZS 2013, 41

Satz 1 GVG. Sie ist deshalb im Geschäftsverteilungsplan zu regeln⁹⁶³. Seit dem Inkrafttreten des MediationsG sehen sich deshalb nahezu alle Gerichte veranlasst, ihre Geschäftsverteilung dementsprechend anzupassen. Mitunter gibt es den Güterichter deshalb nur auf dem Papier⁹⁶⁴. Weil der Güterichter ein bereiter Richter sein soll, ist es konsequent, die Aufgabe dort nicht vorzusehen, wo es an einem Gericht keine bereiten Güterichter gibt. Der Gesetzgeber wollte mit der Formulierung des § 278 Abs. 5 ZPO die Möglichkeit einräumen, dass sich nach dem bayerischen Vorbild zentrale Güterichterstellen bilden können. Demnach wäre es nicht zu beanstanden, in der Geschäftsverteilung eines Gerichts die Güterichteraufgaben dem Güterichter eines anderen Gerichts aufzuerlegen, wenn dieses sich bereit erklärt.

Die Methode der Mediation

[1155] Der Hinweis, dass der Güterichter alle *Methoden* der Konfliktbeilegung einsetzen kann, ist dem Streit um die gerichtsinterne Mediation gezollt. Die erst im Nachgang in das Gesetz eingefügte Ergänzung war vor dem Hintergrund zu verstehen, das Vermittlungsverfahren vor dem Bundesrat zu beenden. Wenn der Gesetzgeber den Güterichter einführt *und* ihm explizit erlaubt (und indirekt sogar auffordert) die Methode der Mediation zu verwenden, dann geschieht dies mit dem Hintergedanken, die Mediation im materiellen Verständnis [60] wei-

⁹⁶³ Drucksache 17/8058, Seite 21

⁹⁶⁴ Das ist ein Eindruck des Herausgebers, resultierend aus vielen, allerdings nicht repräsentativen, Gesprächen mit Richtern und Rechtsanwälten.

terhin im Gericht zu ermöglichen. Es gibt keinen anderen Sinn für die gewählte Formulierung der Vorschrift. Die Möglichkeit, den Fall zu Vergleichsverhandlungen an einen anderen, ersuchten Richter zu verweisen, ist alles andere als neu. Sie wurde mit dem Gesetz zur Reform des Zivilprozesses am 27.7.2001 in die ZPO eingefügt⁹⁶⁵. Auch im streitigen Verfahren hat der erkennende Richter einen Schlichtungsauftrag gem. § 278 Abs. 1 ZPO. Wollte der Gesetzgeber etwa hervorheben, dass dieser Richter gehindert sei, inhaltliche und kommunikative Methoden⁹⁶⁶ der Konfliktbeilegung zur Unterstützung seiner Vergleichsbemühungen anzuwenden? Wenn es also in der ZPO durchaus Mechanismen gibt, Vergleichsverhandlungen mit Methoden der Konfliktbeilegung durchzuführen, dann ist die Frage, wozu die Regelung des § 278 Abs. 5 ZPO überhaupt dienlich sein soll, wenn sie nicht die Mediation durch die Hintertür auch dem Gericht ermöglichen will. Vorsorglich hat der Gesetzgeber darauf verzichtet in der Begründung des Gesetzes auf die Motive hinzuweisen und die Bedeutung des Zusatzes näher zu erläutern, statt lediglich darauf hinzuweisen, dass „*begrifflich*“ ein Berührungspunkt mit dem Mediationsgesetz“ entstanden war, welcher der Klarstellung bedurfte⁹⁶⁷. Der Fokus auf die Mediation verdeckt, worum es eigentlich geht. Wenn man die Mediation in ihrer Vielfalt begreift und zwischen materieller und formeller Mediation unterscheidet, steht die Begrifflichkeit nicht im Wege.

⁹⁶⁵ BGBl. 2001 Teil 1 Nr. 40, 2.8.2001

⁹⁶⁶ Thomas *Heilmann*, Plenarprotokoll Bundesrat – 898. Sitzung – 29. Juni 2012, Seite 315

⁹⁶⁷ Thomas *Heilmann*, Plenarprotokoll Bundesrat – 898. Sitzung – 29. Juni 2012, Seite 316

Auch die Frage der (Nicht-) Anwendbarkeit des MediationsG ist geklärt. Stattdessen werden Fragen nach der Reichweite des Zivilprozessrechts und dem Selbstverständnis des Richters aufgeworfen. Benötigt der Richter neuerdings eine Denk-, Methoden- und Gesprächsführungserlaubnis? Wäre es ihm anderenfalls verwehrt, Interessen zu erhellen?

[1156] Aus der Unterstellung, der Gesetzgeber habe mit dem Güterichter die Mediation durch die Hintertür im Gerichtsverfahren einführen wollen, folgt die Neigung, die Verfahrensvorschriften im Verständnis der Mediation auszulegen und auf deren Prinzipien auszurichten. Allerdings ist der Güterichter nicht an Methoden gebunden. Theoretisch könnte er auch ein Coaching oder Supervision anwenden, denn beides sind ebenfalls Methoden der Konfliktbeilegung⁹⁶⁸. Das Beispiel belegt, dass die Methode zum Verfahren und vor allem zur Kompetenz des Güterichters passen muss, damit sie methodisch korrekt angewendet werden kann. Andererseits hätte der Güterichter durchaus auch die Möglichkeit, im Güterichtertermin eine ganz normale Vergleichsverhandlung abzuhalten, um lediglich einen Kompromiss- statt einen Konsensvergleich⁹⁶⁹ herbeizuführen. Mit dieser Unschärfe wird die Grenzziehung zwischen Mediation und konventionellem Case-Settlement erschwert werden⁹⁷⁰.

⁹⁶⁸ Siehe Greger in <http://www.reinhard-greger.de/alternative-konfliktbeilegung/> dl 20.6.2014

⁹⁶⁹ Zur begrifflichen Unterscheidung siehe: *Trossen* (Kooperation)

⁹⁷⁰ Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang der Aufsatz von *Mironi* (Case Settlement). Er beschreibt die Entwicklung der Mediation in Israel als gescheitert, weil sie zu einem Synonym

Das Etikett

[1157] Was ist nun unter dem Begriff „Methoden der Konfliktbeilegung“ oder gar unter dem Begriff „Methode der Mediation“ zu verstehen? Die Anwendung von Methoden im hier verwendeten systematischen Verständnis kann weder im Singular noch isoliert vom Verfahren gesehen werden. Die Zielsetzungen der einzusetzenden Methoden und ihre Anwendungsbedingungen werden durch das Verfahren vorgegeben. Die Mediation im Gericht trägt nun das Etikett der Güterichterverhandlung. Wegen der zuvor erwähnten methodischen Unschärfe [1156] ist es in jedem Fall ratsam, diesen Begriff zu verwenden, auch wenn die Auffassung vertreten wird, dass es durchaus zulässig sei, die Güterichterverhandlung als Mediation zu bezeichnen⁹⁷¹. In keinem Fall handelt es sich um eine Mediation im formalen Sinne. Wohl könnte sie es in einem materiellen Verständnis sein. Das hängt davon ab, wie der Güterichter mit den Methoden der Mediation umzugehen vermag und wie er sie im Güterichterverfahren einsetzt. Als Verfahren betrachtet, setzt sich die Mediation aus *mehreren* Methoden zusammen [25]. Sie tragen *insgesamt* dazu bei, den Verfahrenszweck zu erfüllen. Es ist die Frage, ob die möglichen Erweiterungen und die in Kauf zu nehmenden, verfahrensbedingten Abstriche [1117] [1122] an ihrem Wesen etwas ändern können.

für Case Settlements geworden ist. Siehe dazu auch: Wikipedia-tion (Vorwort

⁹⁷¹ *Röthemeyer* (Güterichterkonzept), S. 117 führt aus: „Ferner ist (in § 9 MediationsG) nur die auf den Handelnden bezogene Bezeichnung Mediator betroffen und nicht auch die auf das Verfahren bezogene Mediation“.

[1158] In der Güteverhandlung sind die Methoden nicht dem Verfahrenscontainer der Mediation, sondern dem des übergeordneten streitigen Verfahrens zu unterwerfen. Innerhalb des streitigen Verfahrens können sie wie eine Exklave behandelt und einem mehr oder weniger isolierten Verfahrensabschnitt unterworfen werden. Der Gesetzgeber verwendet die Begriffe Verfahren und Methode allerdings undifferenziert und synonym⁹⁷². Geradezu verräterisch ist die Äußerung von Senator *Heilmann* in seiner Erklärung zum Ergebnis im Vermittlungsausschuss: „Durch das Wort „Methoden kommt zum Ausdruck, dass der Güterichter, *der eine Mediation durchführt*, nicht den Regelungen des MediationsG unterfällt“⁹⁷³.

[1159] Offenbar ist kein materieller Gegensatz gemeint, wenn die Mediation im MediationsG nunmehr als Verfahren bezeichnet wird. Mit der Einführung des Güterichters sollte genau der Rahmen geschaffen werden, den die Mediation benötigt, um ein isoliertes Verfahren durchführen zu können. Hätte der Gesetzgeber die behauptete Notwendigkeit eines isolierten Verfahrens unter Bedingungen, die sich aus dem Kontext eines streitigen Verfahrens lösen können übersehen, hätte er es bei der Verweisung an den ersuchten Richter belassen können. **Das Tatbestandsmerkmal „Methode der Mediation“ ist somit als die Beschreibung eines Vorgehens zu verstehen, das zwar nicht dem MediationsG unterliegt aber im**

⁹⁷² BT- Drucks 16/3655

⁹⁷³ Protokoll Bundesrat – 898. Sitzung – 29. Juni 2012, Seite 317

Ergebnis durchaus eine Mediation im materiellen Verständnis ermöglichen soll.

[1160] Der Unterschied zwischen dem *Verfahren* und den *Methoden* der Mediation ist weniger ein methodischer als ein rechtlicher. Gelingt es auch in der Güteverhandlung, das Setting und die Prinzipien der Mediation [488] zu verwirklichen, dann funktioniert das Mediiieren genau wie in der Mediation. Ob und inwieweit das noch möglich ist, wenn die Mediation an einem anderen Verfahren zu messen und anzugleichen ist, ist eines der Themen, mit denen sich die Integrierte Mediation nunmehr seit Jahren befasst. Sie beschreibt, wie die Rahmenbedingungen der Mediation auch in einem anderen Verfahrenscontainer herzustellen sind. Dabei spielen besonders strategische Erwägungen eine wichtige Rolle. Sie legt die Ausnutzung von Schnittstellen nahe und erläutert, warum, wann und inwieweit die Mediation als ein separates Verfahren durchzuführen ist und wie sie letztlich auf das Ziel der Herbeiführung einer reinen Mediation [115] hinwirken kann.

Prinzipien der Güterichtermediation

[1161] Das Güterichterverfahren kennt zunächst keine Prinzipien, ausgenommen die des Zivilprozessrechts. Wendet der Güterichter die Methode der Mediation an, muss er – soweit möglich – die Prinzipien der Mediation [488] beachten. Er wird auf den Werkzeugkoffer [52] des Mediators zurück greifen. Er hat zu beachten, dass sich die Prinzipien der Mediation [488] unter den Bedingungen eines streitigen Verfahrens gegebenenfalls nur eingeschränkt verwirklichen lassen.

Freiwilligkeit

[1162] Nach dem Wortlaut des Gesetzes kann der zur Entscheidung berufene Richter die Parteien ohne Rücksprache in den Güetermin verweisen. Da die Prozessrechtsverhältnisse der Mediation korrekt nur durch einen Vertrag, der MDV, zu begründen sind, erscheint der nicht abgesprochene Verweis zunächst als ein Verstoß gegen das Prinzip der Freiwilligkeit [673]. Die Praxis heilt diese Gesetzeslücke jedoch, indem sie dem Verweis ein Zwischenverfahren voranstellt [1138]. Rechtlich gesehen kann der erkennende Richter das Verfahren verweisen. Pragmatisch betrachtet wird er von dem Verweis nur Gebrauch machen, wenn die Parteien mit der Verfahrensweise einverstanden sind. Die theoretischen Überlegungen, wonach die Verweisung gem. § 287 Abs. 5 ZPO eine erklärte Freiwilligkeit voraussetzt⁹⁷⁴, findet zwar keine rechtliche aber eine pragmatische Grundlage. Die Parteien könnten die Vergleichsverhandlungen und damit den Zweck der Verweisung auf einfachste Weise, im Wege der faktischen Verweigerung vereiteln.

[1163] Bedenken hinsichtlich der Zwanghaftigkeit zur Wahrnehmung eines Termins vor dem Güterichter bestehen ebenso wenig [367]⁹⁷⁵. Ob es dem Richter gelingt, eine den Regeln der Kunst entsprechende Verhandlung auf gleicher Augenhöhe zu arrangieren, ist eine Frage seiner persönlichen Haltung und Kompetenz.

⁹⁷⁴ *Röthemeyer* (Güterichterkonzept), S. 117, BT-Drucks. 17/8058, 21.

⁹⁷⁵ Siehe auch Wikipediatio (Mandatory Mediation)

[1164] Der Vorsitzende (der erkennende Richter) kann einen Güte- oder Verhandlungstermin anberaumen. Nach § 229 ZPO haben der beauftragte oder der ersuchte Richter ebenfalls die Möglichkeit der Terminierung. Wenn der Güterichter als ein ersuchter Richter qualifiziert wird (wie hier angenommen), stehen ihm die in §§ 229 ZPO benannten Rechte ebenfalls zu. Anders als der Mediator beraumt der Güterichter einen Termin an. In der Mediation wird er vereinbart.

☞ Ggfs. § 229 ZPO auf Güterichter ausdehnen

Verschwiegenheit

[1165] Bereits die Begründung des Gesetzesentwurfs führte bezogen auf den Richtermediator aus: „Ausnahmen von der Verschwiegenheitspflicht existieren jedoch insbesondere für die gerichtsinterne Mediation. **Gerichtsintern tätige Mediatorinnen und Mediatoren sind nach wie vor Richterinnen und Richter und als Amtsträger nicht nur den Parteien verpflichtet.** Es ist daher gerechtfertigt, dass sie auch weiterhin besondere Anzeigepflichten treffen (zum Beispiel nach § 116 der Abgabenordnung (AO) oder nach § 6 des Gesetzes gegen missbräuchliche Inanspruchnahme von Subventionen (SubvG)“⁹⁷⁶. Beim Güterichter ist die Rechtslage eindeutig. Er ist dem § 4 MediationsG *nicht* unterworfen und unterliegt auch nach dem ersten Entwurf des Gesetzes nur einer eingeschränkten Verschwiegenheitspflicht, die in keinem Fall vor dem Untersuchungsgrundsatz halt macht. Die Begründung führt dazu lapidar aus: „Wün-

⁹⁷⁶ Begründung Seite 27

schen die Parteien einen umfassenderen Schutz der Vertraulichkeit, steht es ihnen frei, eine außergerichtliche Konfliktbeilegung anstelle der gerichtsinternen Mediation zu wählen“⁹⁷⁷. Mit der Abschaffung der gerichtsinternen Mediation zugunsten des Güterichters ist der Schutz der Vertraulichkeit noch weiter eingeschränkt. De facto ist sie für das Güterichterverfahren gar nicht geregelt. Die Auffassung, dass § 4 MediationsG anwendbar sei, weil die Vorschrift „nicht an einen Beruf an, sondern an eine Tätigkeit“ anknüpfe⁹⁷⁸, steht im Widerspruch zu dem Gesetzeswortlaut und der schlichten Tatsache, dass das MediationsG auf den Güterichter *nicht* anwendbar sein soll. Auch eine analoge Anwendung kommt nicht in Betracht. Die gesetzliche Analogie setzt eine Regelungslücke voraus. Gegen die Annahme einer Regelungslücke spricht, dass der Gesetzgeber den abweichenden Wirkungsgrad des Güterichters durchaus kalkuliert hat, indem er „... die Möglichkeit einer Konfliktlösung im Rahmen einer Mediation außerhalb eines gerichtlichen Verfahrens ...“ im Blick hatte⁹⁷⁹.

✍ Verschwiegenheitspflicht des Güterichters

Vertraulichkeit

[1166] Eine besondere Problematik ergibt sich für die Vertraulichkeit im Verhältnis zum erkennenden Gericht. Weil der Güterichter vom Prozessrecht nicht befreit wurde, gelten natürlich auch in der Güteverhandlung die Grundsätze der Wahrheitspflicht und der Pflicht zur voll-

⁹⁷⁷ Begründung Seite 27

⁹⁷⁸ *Röthemeyer* (Güterichterkonzept), S. 118

⁹⁷⁹ Drucksache 17/8058, S. 18

ständigen Parteierklärung gem. § 138 ZPO. Wenn der Gesetzgeber etwas anderes gewollt hat, mag er dies im Interesse der Rechtsklarheit und im Interesse des Ansehens und Selbstverständnisses der Justiz im Gesetz auch so formulieren.

☞ Güterichterbefreiung vom Prozessrecht

[1167] Das Einzige, was den Güterichter vom entscheidungsbefugten Richter unterscheidet, ist die nunmehr personell mögliche Abgrenzung der Rollen des schlichtenden zum erkennenden Richter. Ganz abgesehen davon, dass der Umgang mit Rollen ein soziologisches Phänomen ist (das auch anders als durch persönliche Rollenzuordnungen gelöst werden kann), ist der rechtliche Unterschied der beiden Rollen im Güteverfahren vor dem Hintergrund der methodischen Unschärfe [1156] im Zweifel kaum festzustellen. Woher weiß die Partei, ob der Güterichter eine Mediation oder ein schlichtes Case-Settlement durchführt? Soll die interne Vertraulichkeit auch dann gelten, wenn der Güterichter andere Methoden als die Mediation verwendet? Die Grenzen wären juristisch nicht mehr definierbar. Mithin und weil der Gesetzgeber insoweit keine andere Regelung getroffen hat, gelten die Vertraulichkeit und der Vertrauensschutz dementsprechend eingeschränkt⁹⁸⁰.

[1168] Wohl mag man annehmen, dass der Güterichter im Einverständnis mit dem verweisenden, erkennenden Richter die Vertraulichkeit im Rahmen der gesetzlichen

⁹⁸⁰ *Nolte* (Mediationsgesetz) Dr. Jakob *Nolte*, Das neue Mediationsgesetz und die Verweisungssystematik der VwGO, HFR 2012, S. 23

Möglichkeiten ausweitet. Es ist nicht anzunehmen, dass es ein Familienrichter etwa hinnehmen würde, wenn der Güterichter im Rahmen einer gescheiterten Güteverhandlung Informationen verschweigt, die dem gesetzlichen Auftrag, das Wohl des Kindes zu schützen zuwiderlaufen. Lediglich im Rahmen des Beibringungsgrundsatzes mag angenommen werden, dass der Sachvortrag der Parteien dispositiv ist und deshalb bei einem Verfahrensforgang nicht zwingend zu offenbaren ist. Der Güterichter sollte zu Beginn der Güteverhandlung offenlegen, ob und inwieweit er die Vertraulichkeit gegenüber dem erkennenden Richter wahren kann und wird oder nicht. Die Integrierte Mediation hat eine Methodik entwickelt, wie die Vertraulichkeit in Einzelfragen zu wahren ist⁹⁸¹.

Öffentlichkeit

[1169] § 169 GVG besagt, dass die Verhandlung vor dem *erkennenden* Gericht öffentlich zu sein hat. Die Güterichterverhandlung ist hingegen nicht öffentlich⁹⁸². Der Grund: Der Güterichter ist *kein* erkennender Richter. Die Güterichterverhandlung ist parteiöffentlich. Das ist der juristische Ausdruck dafür, dass die Parteien anwesenheitsberechtigt sind. Nicht anwesenheitspflichtig sind die Rechtsanwälte, auch nicht, wenn sie Parteivertreter sind.

Zeugeneinvernahme des Güterichters

[1170] Die Vertraulichkeit nach außen und im Verhältnis zu den Parteien wird hinreichend durch ein dem Media-

⁹⁸¹ Wikipediation (Selektive Vertraulichkeit)

⁹⁸² *Dürschke*: Güterichter statt Mediator – Güteverhandlung und Mediation im sozialgerichtlichen Verfahren, NZS 2013, 41

tor entsprechendes Zeugnisverweigerungsrecht des Richters abgesichert. Die Verschwiegenheitspflicht des Richters ist in § 43 DRiG geregelt. Geschützt ist das Niemandem zur Disposition stehende Beratungsgeheimnis. Darüber hinaus ist der Richter, wie jeder Beamte, zur Amtsverschwiegenheit verpflichtet. Diese Pflicht ergibt sich aus dem Verweis des DRiG auf § 67 BBG. Die Genehmigungsbefähigung einer Aussage ergibt sich aus § 68 BBG. Die landesrechtlichen Vorschriften haben meist entsprechende Regelungen. § 376 ZPO verweist bei Fragen der Amtsverschwiegenheit auf die landesrechtlichen Vorschriften. Danach bedürfen Beamte der Genehmigung des Vorgesetzten zur Aussage über Tatsachen, die der Amtsverschwiegenheit unterliegen. In einer Entscheidung des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts⁹⁸³ wurde über die Zulässigkeit der verweigerten Aussagegenehmigung für einen Richtermediator befunden. Dort wurde die Tätigkeit des Richtermediators als eine dienstliche Angelegenheit angesehen. Die verweigte Genehmigung wurde als nicht ermessensfehlerhaft begründet. Das Gericht führt aus, dass mit der Entbindung von der Schweigepflicht die Säule der Mediation ausgehöhlt werde, was zu einer erheblichen Erschwernis der Erfüllung dieser *öffentlichen Aufgabe* einhergehe. Ein Anspruch auf Erteilung einer Aussagegenehmigung für einen Richtermediator besteht danach nicht. Die Entscheidung betraf den Richtermediator, der einen anderen rechtlichen Status hatte als heute der Güterichter. Sieht man die Tätigkeit des Güterichters als eine Angelegen-

⁹⁸³ Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 18.06.2009, 2045E-118

heit der Rechtsprechung, dann vertritt die Literatur die Auffassung, dass der Richter keinen Vorgesetzten hat. Er kann also selbst darüber entscheiden, ob er seine Aussage genehmigt oder nicht⁹⁸⁴. In der Literatur wird das Zeugnisverweigerungsrecht des Güterichters auch aus § 383 Abs. 1 Nr. 6 hergeleitet⁹⁸⁵.

Einbeziehung Dritter

Die Einbeziehung Dritter ist auf freiwilliger Basis und nicht zum Zweck der Beweiserhebung möglich.

(Keine) Beschränkung auf den Güterichter

[1171] Indem das Gesetz die Anwendbarkeit aller Methoden der Konfliktbeilegung in § 278 Abs. 5 formuliert, wird diese Befugnis wenigstens scheinbar dem Güterichter zugeschrieben. Wieder zeigt es sich, dass der Begriff Methode mit dem des Verfahrens gleich gesetzt wird. Denn nur dann macht dieser exklusive Hinweis einen Sinn. Zwar kann und soll das Gericht, also der erkennende Richter, ebenfalls gemäß 278 Abs. 2 ZPO die Güteverhandlung selbst durchführen und der mündlichen Verhandlung vorausstellen. Gem. § 287 Abs. 1 ZPO soll er sogar um Schlichtung bemüht sein. Dieser generelle Auftrag impliziert, dass er andere Methoden als die der Subsumtion einsetzt. Um zu schlichten, ist er darauf angewiesen, Techniken der Kommunikation einzusetzen. Um

⁹⁸⁴ BeckOK ZPO § 376, Rn 2 - 3, Autor: Scheuch, Beck'scher Online-Kommentar ZPO, Hrsg: Vorwerk/Wolf, Stand: 30.10.2012, Edition: 8 mit Hinweisen auf Wieczorek/Schütze/Ahrens ZPO § 376 Rn 18; Stein/Jonas/Berger ZPO § 376 Rn 18; MünchKomm-ZPO/Damrau ZPO § 376 Rn 3

⁹⁸⁵ Greger in Greger/Unberath 4 Rdnr. 117

die Techniken auszurichten bedarf es der Methodik. Die Methodik des Verstehens und Vermittelns im hier verstandenen Sinne beschreibt eine Kommunikation, die dem Richter nicht verboten ist.

Beendigung des Verfahrens

[1172] Die Güterichterverhandlung endet mit einer Einigung oder mit dem Scheitern. Im letzteren Fall wird das Scheitern festgestellt und die Akte dem erkennenden Gericht wieder zugeschrieben. Die Dispositionsmöglichkeiten der Parteien zur Prozessbeendigung auch im Güterichterverfahren sind: Klage- bzw. Antragsrücknahme, übereinstimmende Erledigungserklärung, Anerkenntnis, Verzicht oder Vergleich. Die in dem Zusammenhang gegebenenfalls notwendige Entscheidung über die Einstellung des Verfahrens (vgl. § 22 Abs. 2 S. 2 FamFG) oder das Zustandekommen eines Verfahrensvergleichs (§ 22 Abs. 3 FamFG i.V.m. § 278 Abs. 6 ZPO) trifft der Güterichter. Soweit das Gesetz wie etwa in den §§ 156 Abs. 2, 165 FamFG einen gerichtlich gebilligten Vergleich fordert, obliegt die Entscheidung über die Billigung dem erkennenden Gericht und nicht dem Güterichter⁹⁸⁶. Gleiches gilt für die Kostenentscheidung.

Protokollierung des Vergleichs

[1173] Konsequenter geht der Gesetzgeber davon aus, dass der Güterichter einen Vergleich selbst protokollieren kann⁹⁸⁷. Danach wäre die „Abschlussvereinbarung“ der Mediation beim Güterichter anders als die beim Mediator

⁹⁸⁶ *Ulrici*, Münchener Kommentar zum FamFG, § 36 Rdnr. 10

⁹⁸⁷ Drucks.17/8058,17.

getroffene MAV vollstreckungsfähig. Zu bedenken ist allerdings, dass ein Protokoll der Güteverhandlung, mithin auch der dort getroffenen Vereinbarung gem. § 159 Abs. 2 ZPO nur auf Antrag der Parteien erfolgt.

6. Nach § 278 wird folgender § 278a eingefügt:

„§ 278a Mediation, außergerichtliche Konfliktbeilegung (1) Das Gericht kann den Parteien eine Mediation oder ein anderes Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vorschlagen. (2) Entscheiden sich die Parteien zur Durchführung einer Mediation oder eines anderen Verfahrens der außergerichtlichen Konfliktbeilegung, ordnet das Gericht das Ruhen des Verfahrens an.“

[1174] Diese Vorschrift hat ausschließlich eine politische Bedeutung. Das Gericht ist grundsätzlich nicht gehindert den Parteien Vorschläge zu machen, wie sie ein Problem lösen können. So wird der Richter ohne weiteres empfehlen, zum Arzt zu gehen, wenn er merkt dass die Partei krank ist. Er wird empfehlen, einen Psychologen aufzusuchen, wenn er merkt dass die Partei unter Depressionen leidet usw. Das wird er schon aus rein menschlichen Erwägungen tun. Er ist nicht daran gehindert, alle möglichen Vorschläge zu machen. Wenn das Gesetz die Möglichkeit, eine Mediation vorzuschlagen ausdrücklich erwähnt, dann ist das nicht als eine Erlaubnis, sondern als eine Aufforderung zu verstehen.

Mediation oder andere ADR-Verfahren

[1175] Der Regierungsentwurf ermächtigte das Gericht „darüber hinaus auch in geeigneten Fällen eine gerichtsinterne Mediation“ vorzuschlagen⁹⁸⁸. Im geltenden Gesetz werden weder die gerichtsinterne Mediation noch die Güterichter Verhandlung erwähnt. Dazu besteht auch kein Anlass, denn die Verweisungsmöglichkeit des § 278 Abs. 5 ZPO geht viel weiter als ein Vorschlagsrecht. Die Unklarheit, ob die von Parteien getroffene außergerichtliche Streitbeilegungsbemühung eine außergerichtliche Konfliktbeilegung i.S.d. § 278 a ZPO ist oder nicht erscheint auch eher nur von theoretischem Interesse, weil die Parteien den gleichen Effekt jederzeit durch einen übereinstimmenden Ruhensantrag i.S.d. § 251 ZPO herbeiführen können.

Ruhen des Verfahrens

[1176] Die Wirkungen des Ruhens sind in § 251 ZPO geregelt. Mit dem Ruhen tritt ein Stillstand des Verfahrens ein⁹⁸⁹. Prozesshandlungen der Parteien sind *im Verhältnis zueinander* unwirksam⁹⁹⁰. § 249 Abs. 1 und 2 ZPO sind anwendbar⁹⁹¹. Die Anordnung des Ruhens befreit die Parteien von ihrer Prozessförderungspflicht. Sie dokumentiert das Nicht-Betreiben des Prozesses, indem

⁹⁸⁸ Begründung, S. 7

⁹⁸⁹ *Stadler*, ZPO § 251 Ruhen des Verfahrens, Musielak, ZPO, 9. Auflage 2012, Rn 5

⁹⁹⁰ *Greger* in *Greger/Unberath* Teil 4 Rdnr. 50

⁹⁹¹ Siehe auch OLG Karlsruhe MDR 1993, 471; OLG Naumburg Rpfleger 1994, 306, BGH NJW-RR 2001, 572; BGH NJW-RR 2010, 275, 276;

das noch nicht beendete Verfahren zum Stillstand gebracht wird⁹⁹².

[1177] Die Anordnung des Ruhens unterbricht den Lauf von gesetzlichen und richterlichen Fristen. Fristen, die bei Beginn des Ruhens schon begonnen haben, hören auf zu laufen. Nach Beendigung des Ruhens beginnt die volle Frist von neuem⁹⁹³. Unbeeinflusst bleiben die so genannten Notfristen. Notfristen sind Rechtsmittelfristen. Auch die Frist zur Erhebung der Kündigungsschutzklage beispielsweise oder die Frist zur Begründung der Berufung, der Revision, der Nichtzulassungsbeschwerde oder der Rechtsbeschwerde werden vom Ruhen weder gehemmt noch unterbrochen. Der BGH hat klargestellt, dass auch ein Antrag, das Ruhen des Verfahrens nach ZPO § 251 Abs. 1 S. 1 anzuordnen, nicht als ein Antrag auf Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist gemäß ZPO § 519 Abs. 2 S. 3 anzusehen ist⁹⁹⁴. Um die Vergleichsverhandlungen nicht zu irritieren, wäre es deshalb sinnvoll, wenn das Ruhen auch hinsichtlich der Fristen dem § 249 ZPO gleich gestellt wird.

✍ Unterbrechung aller Fristen

[1178] §§ 249, 251 ZPO betreffen nur die prozessualen Fristen. Andere Auswirkungen ergeben sich deshalb für die bürgerlich rechtlichen Fristen, insbesondere für die Verjährungsfristen. Die Verjährung wird durch Klageerhebung nach § 204 BGB gehemmt. Nach § 204 Abs. 2 S. 2 BGB endet die hemmende Wirkung, wenn das Verfahren

⁹⁹² Gehrlein (ZPO), Rn 1

⁹⁹³ Gehrlein (ZPO), Rn 14

⁹⁹⁴ BGH in NJW-RR 2001, 572

zum Stillstand kommt. Die Anordnung des Ruhens dokumentiert den Verfahrensstillstand⁹⁹⁵. Mithin dokumentiert sie auch das Ende der Verjährungshemmung. Anders ist die Rechtslage bei Vergleichsverhandlungen oder bei einer Mediation. In dem Fall greift § 203 BGB, wonach die Verjährung dann aus diesem Rechtsgrund gehemmt wird, bis der eine oder der andere Teil die Fortsetzung der Verhandlungen verweigert. Nach § 283 ZPO hat das Gericht das Ruhen des Verfahrens anzuordnen, wenn beide Parteien dies beantragen und anzunehmen ist, dass wegen Schwebens von Vergleichsverhandlungen oder aus sonstigen wichtigen Gründen diese Anordnung zweckmäßig ist.

[1179] Zumindest aus der rechtlichen Sicht bestehen gravierende Unterschiede zwischen dem Vorschlag einer Mediation oder dem Verweis an einen Güterichter. Der Güterichter ist Richter und Teil des Gerichtsverfahrens. Anders als bei der gerichtsinternen Mediation wird ihm die Akte zugeschrieben, so dass der Güterichter die Verfahrenskontrolle behält. Rechtlich gesehen gibt es in diesem Fall keinen Anlass, das Ruhen anzuordnen, weil die Güterichterverhandlung mit dem MediationsG zu einem Teil des Verfahrens geworden ist. Ihre Durchführung ist deshalb kein rechtlicher Verfahrensstillstand, sondern eher das Gegenteil dessen. Ein Zustand, der mit den Methoden der Mediation zumindest dann im Widerspruch steht, wenn die Parteien sich zu Maßnahmen veranlasst fühlen, die zur Eskalation beitragen. Ein Waffenstillstand sollte einfach und ungestört möglich sein. Wie zuvor bei

⁹⁹⁵ Gehrlein (ZPO), Rn 18

der gerichtswinternen Mediation ordnet die Praxis auch bei der Verweisung an den Güterichter das Ruhen des Verfahrens an. Sie hält dies für erforderlich, um Verfristungen zu vermeiden und die Rechtsanwälte zu entlasten⁹⁹⁶. Juristisch einwandfrei ist die Anordnung, wenn sie auf einen gemeinsamen Antrag der Parteien zurückgeführt werden kann. Ansonsten müsste der neue § 278 a ZPO analog angewendet werden.

✍ Ruhen bei der Güterichterbehandlung

[1180] Da während des Ruhens Prozesshandlungen im Verhältnis zueinander unwirksam sind, könnten die Parteien auch vor dem Güterichter keine wirksamen Erklärungen abgeben, solange das Ruhen nicht aufgehoben wird. Ein während des Ruhens geschlossener Vergleich kann bis dahin also nur privat- nicht auch prozessrechtlich zustande kommen.

[1181] Die Idee, den Waffenstillstand zwischen den Parteien zu schützen, führt zu der Empfehlung, auch die Rechtsmittelbegründungsfristen während einer Mediation oder einer Güterichterbehandlung wie bei der Aussetzung zu unterbrechen. Jeder Mediator weiß, wie sehr es stört, wenn plötzlich in einer Mediation gerichtliche Schriftsätze auftauchen. Das Gesetz sollte die Möglichkeit eröffnen, dass der Prozess neben der Mediation *nicht* aus formalen Gesichtspunkten heraus zu betreiben ist. Wegen der Gefahr des Fristablaufs empfiehlt *Lapp* das Ru-

⁹⁹⁶ So die Auskunft von Güterichtern in Gesprächen mit dem Herausgeber

hen bereits im Falle eines gerichtlichen Mediationsvorschlages gesetzlich anzuordnen⁹⁹⁷.

☞ Kein Fristablauf der Notfristen beim Ruhen

Wiederaufnahme des Gerichtsverfahrens

[1182] Wenn für das Ruhen kein Endzeitpunkt genannt ist, kann das Verfahren erst auf Antrag einer Partei fortgesetzt werden. War die Mediation erfolgreich, kann die Abschlussvereinbarung im Gericht protokolliert werden. War die Mediation erfolglos, bedarf es keiner Güteverhandlung mehr, weil die Mediation als ein gescheiterter früherer Einigungsversuch i.S.d. § 278 Abs. 2 ZPO betrachtet werden kann. Zwar erwartet § 278 Abs. 2 ZPO einen vorausgegangenen Einigungsversuch vor einer Gütestelle. Gütestellen sind die in § 15 a EGZPO erwähnten Instanzen. In § 15 a Abs. 3 EGZPO werden Mediationen nicht ausdrücklich erwähnt. Der Gesetzgeber könnte § 278 Abs. 2 klarstellend erweitern und die Mediationen ausdrücklich den Gütestellen gleich setzen.

☐ Mediationsklausel Gütestelle gleichsetzen

[1183] Unabhängig von der Frage, ob die Mediation eine Gütestelle i.S.d. Gesetzes ist, könnte das Gericht sich auf den Standpunkt stellen, eine Einigung sei erfolglos. Letztlich ist es frei, ob es eine Güteverhandlung nochmals durchführt. Einer Güteverhandlung bedarf es nicht mehr. Hat eine Güteverhandlung nicht stattgefunden und liegen die Voraussetzungen für ihre Auslassung nicht vor, muss sie im erstinstanzlichen Verfahren nachgeholt werden.

⁹⁹⁷ Lapp (Haftungsfälle)

Für sie ist erneut das persönliche Erscheinen der Parteien anzuordnen⁹⁹⁸.

Artikel 3 Änderung des FamFG

Artikel 3 Änderung des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit

Das Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Dezember 2008 (BGBl. I S. 2586, 2587), das zuletzt durch Artikel 7 des Gesetzes vom 25. Dezember 2011 (BGBl. I S. 2267) geändert worden ist, wird wie folgt geändert: 1. Die Inhaltsübersicht wird wie folgt geändert: a) Nach der Angabe zu § 36 wird folgende Angabe eingefügt: „§ 36a Mediation, außergerichtliche Konfliktbeilegung“. b) In der Angabe zu § 135 wird das Wort „Streitbeilegung“ durch das Wort „Konfliktbeilegung“ ersetzt.

[1184] Der Begriff der Streitbeilegung wird durch den der Konfliktbeilegung ersetzt. (zum Begrifflichkeit s.o.).

2. Nach § 23 Absatz 1 Satz 2 wird folgender Satz eingefügt: „Der Antrag soll in geeigneten Fällen die Angabe enthalten, ob der Antragstellung der Versuch einer Mediation oder eines anderen Verfahrens der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vorausgegangen ist sowie eine Äußerung dazu, ob einem solchen Verfahren Gründe entgegenstehen.“

⁹⁹⁸ Foerste, (ZPO), Rn 8-9

[1185] Hier gilt das bereits Gesagte. Der Gesetzgeber erkundigt sich nach der Nachfrage (dem Konsum) nicht nach dem Bemühen zur Einigung. Würde sich das Gericht als Schaltstelle für Konfliktlösungen verstehen, würde es, wie im Multidoor Courthouse⁹⁹⁹ Vorbild, sich nach den Bedarfen zur Konfliktlösung erkundigen, um dann im Wege der Subsumtion und Beratung auf das passende Verfahren oder die passende Möglichkeit hinweisen.

3. Nach § 28 Absatz 4 Satz 2 wird folgender Satz eingefügt: „Über den Versuch einer gütlichen Einigung vor einem ersuchten Richter wird ein Vermerk nur angefertigt, wenn alle Beteiligten sich einverstanden erklären.“

[1186] Siehe die Ausführungen zur Protokollierung [1172] [1173].

4. Dem § 36 wird folgender Absatz 5 angefügt: "(5) Das Gericht kann die Beteiligten für den Versuch einer gütlichen Einigung vor einen hierfür bestimmten und nicht entscheidungsbefugten Richter (Güterichter) verweisen. Der Güterichter kann alle Methoden der Konfliktbeilegung einschließlich der Mediation einsetzen."

[1187] Es gelten die Ausführungen zu § 253 ZPO [1072]. Bemerkenswert ist, dass der Gesetzgeber in § 113 Abs. 4 FamFG die Güteverhandlung in Ehesachen ausdrücklich ausgeschlossen hat. Als Grund wird angeführt, dass „die Voraussetzungen einer Ehescheidung, einer Eheaufhe-

⁹⁹⁹ Wikipediatioon (Multidoor Courthouse)

bung oder einer Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens einer Ehe nicht zur Disposition der Beteiligten“ stünden. Bemerkenswert ist dies insoweit, als gerade die Frage nach dem Bestand der Ehe eine der zentralen Fragen in vielen Familienmediationen ist. Nicht selten geschieht es, dass die Parteien in diesen Fällen in der Mediation erkennen, dass die Scheidung nicht die Lösung ihrer Probleme bedeutet¹⁰⁰⁰. Die Scheidungsfolgen sind oft der Ausfluss eines Beziehungskonfliktes. In Familienmediationen – zumindest wenn sie transformativ abgewickelt werden – wird deshalb die Beziehung stets thematisiert, schon um der Frage der Ausgestaltung der Trennungsfolgen eine Richtung zu geben. Es macht einen Unterschied, ob die Parteien Geldfragen vor dem Hintergrund abwickeln, sich nie mehr wiedersehen zu wollen oder wenn sie ihre Beziehung, wenn auch auf einer anderen Ebene, fortsetzen wollen. Auch sind ungeklärte Beziehungsfragen oft ein Hindernis zur Einigung auf der Sachebene. Hier wird die Auffassung vertreten, dass es umgekehrt sogar einen Mediationsfehler darstellen kann, wenn der Beziehungskonflikt bei der Konfliktanalyse [767] nicht gesehen und angesprochen wird.

✎ Beziehungskonflikt nicht angesprochen

[1188] Als Schlussfolgerung dieser Erkenntnis ist es zu bedauern, wenn der Gesetzgeber diese Konfliktebene

¹⁰⁰⁰ Über zwei Mediationen des Herausgebers in Ehesachen wurden sogar im TV berichtet. In beiden Fällen hatten die Ehegatten erkannt, dass der als feststehend gemeinte Scheidungswunsch nicht die Lösung des Problems darstellt. Ausgangspunkt war bei einer Mediation Trennungsfolgen, bei der anderen wurde die Frage der Scheidung direkt zur zentralen Frage erhoben.

nicht anerkennt und eine gütliche Einigung in diesen Fragen von vorne herein ausschließt. Es sollte der Einschätzung im Einzelfall überlassen bleiben, ob und gegebenenfalls wann eine gütliche Einigung auch in Ehesachen im Interesse des Erhalts der Ehebeziehung oder der Zielsetzung für die Beziehung danach in Betracht kommt oder nicht.

☞ Mediation und Güterichter auch bei Ehesachen

5. Nach § 36 wird folgender § 36a eingefügt:

„§ 36a Mediation, außergerichtliche Konfliktbeilegung

(1) Das Gericht kann einzelnen oder allen Beteiligten eine Mediation oder ein anderes Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vorschlagen. In Gewaltschutzsachen sind die schutzwürdigen Belange der von Gewalt betroffenen Person zu wahren.

[1189] Der Hinweis auf die Gewaltschutzsachen geht auf die Stellungnahme des BR zurück. Eine gütliche Einigung für die nach § 210 FamFG betroffenen Fälle stehe im Widerspruch zu der Regelung in § 36 Abs. 1 S. 2 FamFG, wonach das Gericht in Gewaltschutzsachen gerade nicht auf eine gütliche Einigung hinwirken soll, weil die in einem Vergleich auferlegte Verpflichtung nach § 4 S. 1 GewSchG nicht strafbewehrt ist¹⁰⁰¹. Die Berücksichtigung der schutzwürdigen Belange kann nicht den Mediator meinen. Er ist unabhängig und berücksichtigt, wenn er

¹⁰⁰¹ Drs 60/11, S. 13 mit Verweis auf BT-Drs. 16/6308, S. 193

korrekt arbeitet, alle Interessen aller Beteiligten, selbstverständlich auch der Schutzinteressen.

(2) Entscheiden sich die Beteiligten zur Durchführung einer Mediation oder eines anderen Verfahrens der außergerichtlichen Konfliktbeilegung, setzt das Gericht das Verfahren aus.

[1190] Die Aussetzung des familiengerichtlichen Verfahrens ist in § 21 FamFG geregelt, der auf § 249 ZPO verweist. Die Aussetzung bewirkt, dass der Lauf einer jeden Frist, also auch der in § 233 ZPO genannten Fristen, aufhört und nach Beendigung der Unterbrechung oder Aussetzung die volle Frist von neuem zu laufen beginnt. Die Aussetzung ist somit umfassender als die Ruhensanordnung.

(3) Gerichtliche Anordnungs- und Genehmigungsvorbehalte bleiben von der Durchführung einer Mediation oder eines anderen Verfahrens der außergerichtlichen Konfliktbeilegung unberührt.“

[1191] Das klingt wie eine Selbstverständlichkeit. Auch der freie Mediator hat Genehmigungsvorbehalte zu beachten. Die Vorschrift hat deshalb nur eine deklaratorische Bedeutung.

6. § 81 Absatz 2 Nummer 5 wird wie folgt gefasst: „5. der Beteiligte einer richterlichen Anordnung zur Teilnahme an einem kostenfreien Informationsgespräch über Mediation oder über eine sonstige Möglichkeit der außergerichtlichen Konfliktbeilegung nach § 156 Absatz 1 Satz 3 oder einer richterlichen Anordnung zur Teilnahme an ei-

ner Beratung nach § 156 Absatz 1 Satz 4 nicht nachgekommen ist, sofern der Beteiligte dies nicht genügend entschuldigt hat.“

[1192] § 81 referiert das sogenannte kostenlose Infogespräch¹⁰⁰² der §§ 136 und 156 Abs. 1 S. 2 FamFG. Es betrifft die Familiensachen einerseits und die Kindschaftsachen andererseits.

Das kostenlose Infogespräch

[1193] Konfliktparteien können schon wegen des Konfliktes kaum zustimmen, wenn die Gegenseite eine Maßnahme vorschlägt. Selbst wenn sie einsieht, dass eine gütliche Einigung sinnvoll ist, dann besteht immer noch ein ausreichendes Streitpotenzial über die Frage, wer die Mediation durchführen sollte. Die Möglichkeit, die Parteien in ein Verfahren zur gütlichen Einigung zu zwingen erscheint deshalb nahe liegend. Es würde der Notwendigkeit zum Abschluss eines Mediationsvertrages oder einer Mediatorenvereinbarung widersprechen, wenn die Medianden in die Mediation gezwungen würden. Ein Vertrag kann nur freiwillig geschlossen werden. Ganz abgesehen davon, dass bei einem ausgelebten Zwang die Verhandlungsbereitschaft fehlen würde. Der Gesetzgeber hatte deshalb schon vor dem Inkrafttreten des MediationsG den Parteien die Verpflichtung auferlegt, sich auf ein kostenloses Vorgespräch über die Mediation einzulassen.

¹⁰⁰² Wikipediation (Kostenloses Infogespräch)

Rechtsnatur des Infogesprächs

[1194] Zweifellos liegt das kostenlose Informationsgespräch noch außerhalb der durch Vertrag legitimierten Mediation. Es findet vor der Unterzeichnung oder Einwilligung in den Mediationsvertrag statt. Trotzdem werden dort Elemente besprochen, die zur Phase eins gehören und dem Verfahrensritual [21] zuzuordnen sind. Faktisch sind sie also bereits Bestandteil der Mediation. Das Informationsgespräch¹⁰⁰³ kann in eine vereinbarte Mediation überführt werden, wenn die Parteien dem Mediationsvertrag oder der MDV zustimmen. Das Mediationsgespräch ist für sich gesehen eine Dienstleistung. Der Informant schuldet korrekte Informationen über das, was Mediation ist. Dabei werden Fragen aufkommen, die den Parteien helfen sollen, für sich zu entscheiden, ob die Mediation in ihrem Fall das Richtige ist. In erster Linie geht es um eine Verfahrensberatung. Es macht Sinn, sie bereits als zur Mediation zählend zu beschreiben und die Überschneidung zwischen Vorphase und Phase eins in Kauf zu nehmen. Dass das Gesetz den Mediator in ein kostenloses Gespräch zwingt, besagt lediglich, dass die Causa, die den Informanten zum Tätigwerden veranlasst, gegebenenfalls ein Auftrag und kein Dienstvertrag ist. Wenn die Parteien ihn honorieren wollen, ist das kein Ausschlussgrund.

Der Informant

[1195] Das Gesetz besagt nicht, wer die Informationen geben soll. Die Parteien können sich also selbst überlegen,

¹⁰⁰³ *Bohnet* (Infogespräch)

wer das Infogespräch durchführen soll. Es bestehen keine rechtlichen Einschränkungen, wenn die Parteien sich bei einer Stelle informieren, die nicht zur Durchführung der späteren Mediation in Betracht kommt. Da das Informationsgespräch jedoch als ein kostenloses Gespräch anzubieten ist, findet sich die Motivation des Beraters über das Verfahren, wie man den Informanten wohl besser nennt, nur dann wieder, wenn er gute Chancen hat, auch den Auftrag für die Folgemediation zu bekommen.

Die Sanktionen

[1196] Eine Erzwingung, wie etwa die Anordnung des persönlichen Erscheinens stehen dem Informanten / Mediator nicht zur Verfügung. Das Gericht kann aber nach § 81 Abs. 2 Ziff. 5 FamFG die Kosten des Verfahrens der säumigen Partei auferlegen, wenn sie Ihre Abwesenheit im Infogespräch nicht entschuldigt.

Der Gegenstand

[1197] § 135 FamFG kommt nur für Familiensachen i.S.d. § 111 FamFG zur Anwendung. Damit sind nach § 137 II, III FamFG nur die Folgesachen einer Scheidung angesprochen, soweit sie nach § 137 I FamFG mit der Ehescheidung im Verbund zu entscheiden sind. *Grabow* stellt heraus, dass die Vorschrift nicht dem Scheidungsverfahren selbst dient und nicht auf die Aussöhnung der Eheleute und die Fortsetzung der ehelichen Lebensgemeinschaft gerichtet ist¹⁰⁰⁴. In Kindschaftssachen gilt § 156 Abs. 1 S. 3. Allerdings wird spätestens ein transformativ

¹⁰⁰⁴ *Grabow* FPR 2011, 33

arbeitender Mediator auch den Beziehungskonflikt ansprechen, weshalb zwangsläufig auch die Frage der Scheidung oder wenigstens der Gestaltung einer Trennungsbeziehung ein Thema wird.

Die Praxis

[1198] In der Praxis soll sich das kostenlose Infogespräch nicht durchgesetzt haben. Dies wird mit dem mangelnden ökonomischen Interesse der Anbieter begründet¹⁰⁰⁵. Unter anderem wird darauf hingewiesen, dass das Infogespräch in der Verhandlung vorbereitet werden müsse und einer aktiven Befürwortung durch die Verfahrensbevollmächtigten bedarf¹⁰⁰⁶. Diese Erfahrung deckt sich mit denen des *Altenkirchener Modells*¹⁰⁰⁷ und der *Cochemer Praxis*.¹⁰⁰⁸ Besonders in hoch entwickelten Konflikten genügt ein Infotermin nicht, die Parteien aus der Konfrontationsbereitschaft zu entlassen¹⁰⁰⁹.

7. § 135 wird wie folgt geändert: a) In der Überschrift wird das Wort „Streitbeilegung“ durch das Wort „Konfliktbeilegung“ ersetzt. b) Absatz 1 wird wie folgt geändert: aa) Die Absatzbezeichnung „(1)“ wird gestrichen. bb) In Satz 1 wird das Wort „Streitbeilegung“ durch das Wort „Konfliktbeilegung“ ersetzt. c) Absatz 2 wird aufgehoben.

8. In § 150 Absatz 4 Satz 2 wird nach der Angabe „§ 135“ die Angabe „Abs. 1“ gestrichen.

¹⁰⁰⁵ Grabow FPR 2011, 33

¹⁰⁰⁶ Grabow FPR 2011, 33 / Offermann-Burckart FPR 2010, 431

¹⁰⁰⁷ Wikipediatio (Altenkirchener Modell)

¹⁰⁰⁸ Wikipediatio (Cochemer Praxis)

¹⁰⁰⁹ Siehe dazu auch *Trossen* (Alternative)

**9. Dem § 155 wird folgender Absatz 4 angefügt:
„(4) Hat das Gericht ein Verfahren nach Absatz 1 zur Durchführung einer Mediation oder eines anderen Verfahrens der außergerichtlichen Konfliktbeilegung ausgesetzt, nimmt es das Verfahren in der Regel nach drei Monaten wieder auf, wenn die Beteiligten keine einvernehmliche Regelung erzielen.“**

[1199] Diese Vorschrift betrifft Kindschaftssachen. Sie stellt sicher, dass Verfahren, die wegen einer vom Gericht vorgeschlagenen Mediation oder außergerichtlichen Konfliktbeilegung ausgesetzt worden sind, in der Hauptsache zeitnah weiter betrieben werden. Die Hauptsache soll, unabhängig von einer gegebenenfalls nach § 156 Abs. 3 S. 2 FamFG erlassenen einstweiligen Anordnung, in der Regel nach drei Monaten wieder aufgenommen werden. Die Regelung der Wiederaufnahme des Verfahrens als Regelfall eröffnet zugleich die Möglichkeit, in einzelnen Fällen der außergerichtlichen Konfliktbeilegung der Mediation mehr Zeit einzuräumen. Sie soll dem Beschleunigungsgebot genügen¹⁰¹⁰. Das Beschleunigungsgebot kollidiert mit dem Entschleunigungsgebot in der Mediation. Die Mediation soll den Parteien alle Zeit geben, die erforderlich ist, um zu einer tragfähigen, von der jeweils eigenen Sicht bestätigten Einigung zu gelangen. Ob das Gesetz dazu beiträgt, die Mediation zu beschleunigen und ob es Sinn macht, wenn sie beschleunigt wird, ist eine Frage des Einzelfalls. Hier sind noch Kindesinteressen zu beachten. Vordergründig beschleunigt das Gesetz die streitige Auseinandersetzung. Sie gibt ihr

¹⁰¹⁰ Begründung, S. 37

einen Vorrang, indem sie automatisch, ohne Zutun der Partei erfolgt. Allerdings haben die Parteien die Möglichkeit, sich zu erklären, wenn sie sich noch auf dem Weg der Einigung sehen. Hier sollte der Mediator eine Hilfestellung geben. Oft geschieht es, dass die Parteien die Möglichkeit einer Einigung auch im Verlauf der Mediation nicht korrekt einschätzen können.

✎ Keine Hilfe bei Verfahrensfortsetzung

[1200] Das Tatbestandsmerkmal „wenn die Parteien keine einvernehmliche Regelung erzielen“ lässt offen, ob es heißt: erzielt haben oder erzielen können. Die Formulierung, dass der Richter das Verfahren „in der Regel“ nach drei Monaten wieder aufnimmt, erlaubt nur indirekt ein konfliktangepasstes Verhalten. Es wäre ratsam, wenn der Richter die Bedingungen der Wiederaufnahme oder gar den Bedarf zur Wiederaufnahme mit den Parteien unter Berücksichtigung der Kindesinteressen abstimmt. Das Gesetz könnte der Notwendigkeit, sich auf das Konfliktgeschehen einzustellen, dadurch einen Vorrang einräumen, indem es die Wiederaufnahme nicht an der Tatsache festmacht, ob eine Einigung stattgefunden hat oder nicht, sondern von dem Bedarf, ob ein Gerichtstermin die Sache vorantreiben kann. Hier wäre es denkbar, dass ein zwischengeschalteter Termin durchaus auch im Interesse der Mediation erfolgen kann, wenn er sich auf den Konflikt und nicht auf die Entscheidung einlässt.

✎ Konfliktverhalten berücksichtigen

10. § 156 wird wie folgt geändert: a) Absatz 1 wird wie folgt geändert: aa) Satz 3 wird wie folgt gefasst: „Das Gericht kann anordnen, dass die EI-

tern einzeln oder gemeinsam an einem kostenfreien Informationsgespräch über Mediation oder über eine sonstige Möglichkeit der außergerichtlichen Konfliktbeilegung bei einer von dem Gericht benannten Person oder Stelle teilnehmen und eine Bestätigung hierüber vorlegen.“ bb) In Satz 4 wird nach dem Wort „kann“ das Wort „ferner“ eingefügt. cc) In Satz 5 werden die Wörter „Die Anordnung ist“ durch die Wörter „Die Anordnungen nach den Sätzen 3 und 4 sind“ ersetzt. b) In Absatz 3 Satz 2 werden nach dem Wort „Beratung“ ein Komma sowie die Wörter „an einem kostenfreien Informationsgespräch über Mediation oder einer sonstigen Möglichkeit der außergerichtlichen Konfliktbeilegung“ eingefügt.

[1201] Interessant ist die Abgrenzung zum kostenlosen Infogespräch nach § 136 FamFG [1193]. Hier erwartet der Richter eine Bestätigung über die Teilnahme. Es wird auch herausgestellt, dass die Teilnahme nur einer Partei angeordnet werden kann und dass es sich um eine vom Gericht zu benennende Person oder Stelle handelt, die das Gespräch durchführen soll.

[1202] Kollisionen mit dem Prinzip der Freiwilligkeit [673] bestehen nicht. Die Bestätigung ist lediglich eine Teilnahmebestätigung. Gründe dürfen dort nicht genannt werden. Das würde dem Prinzip der Vertraulichkeit widersprechen. Der Richter hat deshalb kaum die Möglichkeit aus der Teilnahme oder der Nichtteilnahme Rückschlüsse zu ziehen.

[1203] Das kostenlose Gespräch ist mit der Vorphase der Mediation zu vergleichen. Es ist keine Tätigkeit i.S.d. § 3 Abs. 2, sondern Teil der Mediation und wenn es nur mit einer Partei zunächst stattfindet, als Einzelgespräch i.S.d. § 2 Abs. 3 zu qualifizieren. Im Übrigen gelten die Ausführungen zum kostenlosen Infogespräch in Familiensachen [1193].

Artikel 4 Änderung des ArbGG

Die korrekte und vollständige Überschrift, die der Gesetzgeber diesem Paragraphen vorangestellt hat lautet: Artikel 4: Änderung des Arbeitsgerichtsgesetzes.

Das Arbeitsgerichtsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Juli 1979 (BGBl. I S. 853, 1036), das zuletzt durch Artikel ... des Gesetzes vom ... geändert worden ist, wird wie folgt geändert: 1. Dem § 54 wird folgender Absatz 6 angefügt

"(6) Der Vorsitzende kann die Parteien für die Güterverhandlung sowie deren Fortsetzung vor einen hierfür bestimmten und nicht entscheidungsbefugten Richter (Güterichter) verweisen. Der Güterichter kann alle Methoden der Konfliktbeilegung einschließlich der Mediation einsetzen."

2. Nach § 54 wird folgender § 54a eingefügt: „§ 54a Mediation, außergerichtliche Konfliktbeilegung (1) Das Gericht kann den Parteien eine Mediation oder ein anderes Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vorschlagen. (2) Ent-

scheiden sich die Parteien zur Durchführung einer Mediation oder eines anderen Verfahrens der außergerichtlichen Konfliktbeilegung, ordnet das Gericht das Ruhen des Verfahrens an. Auf Antrag einer Partei ist ein Termin zur mündlichen Verhandlung zu bestimmen. Im Übrigen nimmt das Gericht das Verfahren nach drei Monaten wieder auf, es sei denn, die Parteien legen übereinstimmend dar, dass eine Mediation oder eine außergerichtliche Konfliktbeilegung noch betrieben wird.“

3. § 55 Absatz 1 Nummer 8 wird wie folgt gefasst: „8. über die Aussetzung und Anordnung des Ruhens des Verfahrens;“.

4. In § 64 Absatz 7 werden nach den Wörtern „der §§ 52, 53, 55 Abs. 1 Nr. 1 bis 9, Abs. 2 und 4,“ die Wörter „des § 52 Absatz 6, des § 54a,“ und nach den Wörtern „ehrenamtlichen Richter,“ die Wörter „Güterichter, Mediation und außergerichtliche Konfliktbeilegung,“ eingefügt.

5. In § 80 Absatz 2 Satz 1 werden nach den Wörtern „ehrenamtlichen Richter,“ die Wörter „Mediation und außergerichtliche Konfliktbeilegung,“ eingefügt.

6. In § 83a Absatz 1 werden nach den Wörtern „oder des Vorsitzenden“ die Wörter „oder des Güterichters“ eingefügt.

7. In § 87 Absatz 2 Satz 1 werden nach den Wörtern „ehrenamtlichen Richter,“ die Wörter „Güte-

richter, Mediation und außergerichtliche Konfliktbeilegung,“ eingefügt.

Artikel 5 Änderung des SGG

Die korrekte und vollständige Überschrift, die der Gesetzgeber diesem Paragraphen vorangestellt hat lautet: Artikel 5: Änderung des Sozialgerichtsgesetzes.

In § 202 Satz 1 des Sozialgerichtsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. September 1975 (BGBl. I S. 2535), das zuletzt durch Artikel ... des Gesetzes vom ... geändert worden ist, werden nach dem Wort „Zivilprozessordnung die Wörter „einschließlich § 278 Absatz 5 und § 278a eingefügt.

Artikel 6 Änderung der VwGO

Die korrekte und vollständige Überschrift, die der Gesetzgeber diesem Paragraphen vorangestellt hat lautet: Artikel 6: Änderung der Verwaltungsgerichtsordnung.

In § 173 Satz 1 der Verwaltungsgerichtsordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. März 1991 (BGBl. I S. 686), die zuletzt durch Artikel ... des Gesetzes vom ... geändert worden ist, werden nach dem Wort „Zivilprozessordnung“ die Wörter „einschließlich § 278 Absatz 5 und § 278a“ eingefügt.

[1204] *Nolte* sieht die Novellierung des § 173 S. 1 VwGO als eine Reaktion darauf, dass es bislang umstritten war, ob die zivilprozessualen Grundlagen zur Mediation über

§ 173 VwGO auch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren zur Anwendung kommen konnten¹⁰¹¹. Das Problem ist die Rechtsgebundenheit des öffentlich-rechtlichen Verfahrens. Trotzdem gibt es bereits eine Tradition der Anwendung gerichtsinterner Mediation auch im verwaltungsgerichtlichen Prozess. Mit § 173 VwGO ist nun sichergestellt, dass eine Güterichterbehandlung auch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren möglich ist. Der Einschub in § 173 VwGO ist überflüssig und verwirrend¹⁰¹². Die Einführung des Güterichters in die VwGO wäre an und für sich bereits durch die Verweisung des § 173 sichergestellt und zwar auch ohne den einschließenden Hinweis. *Nolte* kritisiert die mangelnde Spezifikation der nunmehr erfolgten Verweisung. Hilfreich wäre eine spezialgesetzliche Verweisung gewesen, die ohne weitere Voraussetzungen für anwendbar erklärt wird. Im Verwaltungsrecht gibt es drei verschiedene Verweisarten. Alle anderen Verweise erwarten Anpassungen an den Verfahrenstyp¹⁰¹³. Ob und wie gegebenenfalls das Güterichterverfahren auf die Anforderungen des Verwaltungsgerichtsprozesses anzupassen ist, ist auch nach dieser Gesetzesänderung unklar geblieben.

Artikel 7 Änderung des GKG

Die korrekte und vollständige Überschrift, die der Gesetzgeber diesem Paragraphen vorangestellt hat lautet: Artikel 7: Änderung des Gerichtskostengesetzes.

¹⁰¹¹ *Nolte* (Mediationsgesetz), S. 23

¹⁰¹² *Nolte* (Mediationsgesetz), ebenda

¹⁰¹³ *Nolte* (Mediationsgesetz), ebenda

Das Gerichtskostengesetz vom 5. Mai 2004 (BGBl. I S. 442, 2262; 2002 I S. 679), das zuletzt durch Artikel 10 des Gesetzes vom 24. November 2011 (BGBl. I S. 2302) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. Dem § 70 wird folgender § 69b vorangestellt:

"§ 69b Verordnungsermächtigung

Die Landesregierungen werden ermächtigt, durch Rechtsverordnung zu bestimmen, dass die von den Gerichten der Länder zu erhebenden Verfahrensgebühren über die in den Nummern 1211, 1411, 5111, 5113, 5211, 5221, 6111, 6211, 7111, 7113 und 8211 des Kostenverzeichnisses bestimmte Ermäßigung hinaus weiter ermäßigt werden oder entfallen, wenn das gesamte Verfahren nach einer Mediation oder nach einem anderen Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung durch Zurücknahme der Klage oder des Antrags beendet wird und in der Klage- oder Antragschrift mitgeteilt worden ist, dass eine Mediation oder ein anderes Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung unternommen wird oder beabsichtigt ist, oder wenn das Gericht den Parteien die Durchführung einer Mediation oder eines anderen Verfahrens der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vorgeschlagen hat. Satz 1 gilt entsprechend für die in den Rechtsmittelzügen von den Gerichten der Länder zu erhebenden Verfahrensgebühren; an die Stelle der Klage- oder Antragschrift tritt der

Schriftsatz, mit dem das Rechtsmittel eingelegt worden ist."

[1205] Voraussetzung für die Ermäßigung von (Mediationsgesetz)Verfahrenskosten ist eine angekündigte oder verordnete Mediation. Die außergerichtliche Konfliktbeilegung muss also mit dem Gericht kommuniziert werden, damit sie Kosten einsparen kann. Weiterhin muss es zu einer Klage- oder Antragsrücknahme kommen. Das Gesetz erwähnt die Erledigung der Hauptsache nicht, obwohl dies auch im Hinblick der Kostenfolgen die zutreffendere Verfahrensweise darstellt. Bei der Klagerücknahme fallen die Gerichtskosten dem Kläger zur Last (§ 269 ZPO). Die Erledigungserklärung wird oft nach dem Abschluss eines gerichtlichen Vergleichs abgegeben. Sie erledigt den Prozessstoff, weil und insoweit die Parteien sich darüber verständigt haben. Mit der Erledigungserklärung kann auch über die Prozesskosten abweichend von der Klagerücknahme disponiert werden.

2. In Nummer 1640 der Anlage 1 (Kostenverzeichnis) werden im Gebührentatbestand die Wörter "§ 148 Abs. 1 und 2" durch die Wörter "§ 148 Absatz 1 und 2 des Aktiengesetzes" ersetzt.'

Artikel 7a

Änderung des Gesetzes über Gerichtskosten in Familiensachen

Dem § 62 des Gesetzes über Gerichtskosten in Familiensachen vom 17. Dezember 2008 (BGBl. I S. 2586, 2666), das zuletzt durch Artikel 10 des Geset-

zes vom 23. Mai 2011 (BGBl. I S. 898) geändert worden ist, wird folgender § 61a vorangestellt:

"§ 61a Verordnungsermächtigung

Die Landesregierungen werden ermächtigt, durch Rechtsverordnung zu bestimmen, dass die von den Gerichten der Länder zu erhebenden Verfahrensgebühren in solchen Verfahren, die nur auf Antrag eingeleitet werden, über die im Kostenverzeichnis für den Fall der Zurücknahme des Antrags vorgesehene Ermäßigung hinaus weiter ermäßigt werden oder entfallen, wenn das gesamte Verfahren oder bei Verbundverfahren nach § 44 eine Folgesache nach einer Mediation oder nach einem anderen Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung durch Zurücknahme des Antrags beendet wird und in der Antragsschrift mitgeteilt worden ist, dass eine Mediation oder ein anderes Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung unternommen wird oder beabsichtigt ist, oder wenn das Gericht den Beteiligten die Durchführung einer Mediation oder eines anderen Verfahrens der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vorgeschlagen hat. Satz 1 gilt entsprechend für die im Beschwerdeverfahren von den Oberlandesgerichten zu erhebenden Verfahrensgebühren; an die Stelle der Antragsschrift tritt der Schriftsatz, mit dem die Beschwerde eingelegt worden ist."

Artikel 8 Änderung der FGO

Die korrekte und vollständige Überschrift, die der Gesetzgeber diesem Paragraphen vorangestellt hat lautet: Artikel 8: Änderung der Finanzgerichtsordnung.

In § 155 der Finanzgerichtsordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 28. März 2001 (BGBl. I S. 442, 2262; 2002 I S. 679), die zuletzt durch Artikel ... des Gesetzes vom ... geändert worden ist, werden nach dem Wort „Zivilprozessordnung“ die Wörter „einschließlich § 278 Absatz 5 und § 278a“ eingefügt.

[1206] Bereits seit 2010 wurde an den Finanzgerichten Bremen und Rheinland-Pfalz Möglichkeiten zur gerichtlichen Mediation durch einen nicht beteiligten Finanzrichter angeboten. Mit dieser gesetzlichen Ergänzung wird nunmehr auch der Güterichter im finanzgerichtlichen Verfahren eingeführt. Daneben besteht auch die Möglichkeit den Finanzrechtsstreit durch einen Mediator, der nicht Güterichter ist, außerhalb des Finanzgerichtsverfahrens zu mediieren, welches dann für die Dauer der Mediation ruht. Es bleibt abzuwarten, ob diese Möglichkeit zur Konfliktlösung in der Zukunft angenommen wird. Insbesondere dann, wenn die Mediation nicht kostenlos durch den Güterichter, sondern kostenpflichtig durch einen Mediator außerhalb des Finanzgerichts durchgeführt wird, und die hälftige Kostentragung zunächst eine wirtschaftliche Belastung für das Budget der Finanzverwaltung bedeutet. Dem stehen u. a. bei erfolgreicher Mediation geringere Kosten des Finanzge-

richtsprozesses, sowie bei einer schnelleren Erledigung des Verfahrens ein geringerer Verbrauch von Personalressourcen und ggf. niedrigere zu zahlende Erstattungszinsen, § 233a AO, entgegen.

Artikel 9 Inkrafttreten

Dieses Gesetz tritt am Tag nach der Verkündung in Kraft

[1207] Das Gesetz ist am 25. Juli 2012 in Kraft getreten.

V

Die internationale Mediation

[1208] Tatsächlich mag die Mediation als ein Verfahren gesehen werden, das überall in der Welt ein Zuhause findet. Mediation gibt es inzwischen auf allen Kontinenten der Erde. Und dennoch gibt es gravierende Unterschiede. Im Osten beispielsweise wird gesagt, dass die Mediation eine westliche Erfindung sei, die auf dem Harvard Modell aufbaue, welches dort wenigstens so nicht anwendbar sei. Trotzdem ist das Konzept, spätestens dann, wenn die Mediation wieder als ein Kognitionsprozess verstanden wird, konstant verwertbar¹⁰¹⁴. Mediation wird, wie ausgeführt [101], auch von dem Verständnis und der Kompetenz der Justiz geprägt. Ohne Europa verlassen zu müssen, lässt sich schon eine grundlegend unterschiedliche Ausprägung zwischen dem angelsächsischen und dem kontinentalen Verständnis von Mediation feststellen¹⁰¹⁵. Umso größer ist das Interesse der EU, ein länderübergreifendes Verfahren zu etablieren, das in allen EU Mitgliedstaaten bekannt ist. Allein die EU Bürgerschaft aber auch der Trend zum internationalen Wirtschaften erfordert ein Verfahren, das auch bei grenzüberschrei-

¹⁰¹⁴ Siehe Wikipediation (Integrierte Mediation – International)

¹⁰¹⁵ Die kulturellen Einflüsse, ihre Ausprägungen und Irritationen sind nicht das Thema dieses Kommentars. Sie werden im CBM Handbuch angesprochen und später im Compendium Mediationis ausführlich erörtert.

tenden Fällen anwendbar ist. Die Mediation wäre ein mehr oder weniger vereinheitlichtes und gleichförmiges Verfahren, das in allen EU Mitgliedstaaten angeboten werden kann. In der EU-Direktive wird sie als grenzüberschreitende Mediation (Cross Border Mediation) bezeichnet. Die grenzüberschreitende Mediation ist in der hier verwendeten und in *EuroNetMed*¹⁰¹⁶ vorgegebenen Terminologie nur ein Teil der Cross Border Mediation (CBM). Sie wird ergänzt durch die als Fachmediation beschriebene interkulturelle Mediation [155]. Die internationale Mediation entspricht den Intentionen der EU-RL eigentlich mehr als die Einführung der nationalen Mediationen. Weil die internationale Mediation nicht auf ein einheitliches Inter- oder Supranationales Justizrecht aufbauen kann, ist sie trotz der Richtlinie eine besondere kollisionsrechtliche Herausforderung¹⁰¹⁷.

Das Internationale Recht

Wenn es um die Abwicklung internationaler Fälle geht, wird das sogenannte Internationale Privatrecht bemüht. Es soll die Frage beantworten, welches staatliche Recht für den Mediationsvertrag sowie die MDV gelten soll. Zunächst einmal ist festzuhalten, dass es weder weltweit noch innerhalb der EU spezielle Rechtsregeln für kollisionsrechtliche Fragen eines internationalen Mediationsverfahrens gibt. Somit muss im Streitfalle auf die normalen Regeln des Internationalen Privatrechts zurückgegriffen werden, die am Ort des angerufenen staatlichen

¹⁰¹⁶ *Trossen* (CBM)

¹⁰¹⁷ Einzelheiten zur Durchführung einer CBM: *Trossen* (CBM)
Siehe auch: Wikipediatiion (CBM)

Gerichts gelten. Da es sich beim Mediationsvertrag und der Mediationsvereinbarung um Schuldverträge handelt, kann man aber immerhin internationalprivatrechtlich auf EU-weit vereinheitlichtes Recht, nämlich die Rom I-Verordnung¹⁰¹⁸ zurückgreifen. Das Grundprinzip ist nach Art. 3 Rom I die freie Rechtswahl durch die Parteien (Parteiautonomie) sowie die hilfsweise Anknüpfung an die engste Verbindung des jeweiligen Vertrags mit einer Rechtsordnung (Art. 4 Abs. 4 Rom I).

Definition einer Internationalen Mediation

[1209] International im Sinne des Internationalen Privatrechts (IPR) (s. Art. 3 EGBGB) ist eine Mediation immer dann, wenn ein ausländisches oder grenzüberschreitendes Element hinzutritt. Das wäre beispielsweise auch der Fall, wenn die Parteien, die einer Nation angehören und sogar im selben Land wohnen, einen ausländischen Mediator beauftragen, der die Mediation im Ausland durchführt. Dies ist bereits der Anknüpfungspunkt, der die Türen zum IPR aufstößt. IPR und Kollisionsrecht sind hierbei synonym. Zur begrifflichen Klarheit und zur Abgrenzung ist darauf hinzuweisen, dass die Cross-Border-Mediation, wie in der EU-RL erwähnt, nur eine Mediation beschreibt, wo die Parteien verschiedenen Ländern angehören oder in verschiedenen Ländern leben.

[1210] Das ausländische/internationale Element kann in Gestalt unterschiedlicher Staatsangehörigkeiten der Medianten und/oder des Mediators auftreten, aber auch

¹⁰¹⁸ Verordnung (EC Nr. 593/2008) vom 17. Juni 2008 betreffend das auf (internationale) Schuldverträge anwendbare Recht.

dann, wenn die beteiligten Personen ihren Wohnsitz (bei natürlichen Personen) oder ihre Niederlassung (bei juristischen Personen) in verschiedenen Staaten haben. Ein weiteres internationales Element kann die Erfüllung der Mediationsvereinbarung oder des Mediationsvertrags mit dem Mediator im Ausland sein. Letzteres kommt dann zum Tragen, wenn die Medianden die Mediation ins Ausland verlegen. Wenn also zwei deutsche Medianden mit Wohnsitz oder Niederlassung im Inland dem Charme der österreichischen Hauptstadt Wien erlegen sind und daher übereinstimmend die Mediation in einen Heurigen verlegen, so liegt ein internationales Element vor und es gilt zu klären, ob deutsches oder österreichisches Recht anzuwenden ist.

[1211] Der entscheidende *Zeitpunkt*, an dem vorbenanntes ausländisches Element für eine internationale Mediation vorliegen muss, ist der Vertragsabschluss (s. Art. 3 EGBGB, Art. 3 Abs. 2 Rom I) oder der Beginn der Vertragsverhandlungen (bei Ansprüchen aus Verletzung vorvertraglicher Pflichten).

Kollisionsrecht (Internationales Privatrecht)

[1212] Sobald also bei Vertragsschluss eine internationale Mediation vorliegt, geht es kollisionsrechtlich schlicht um die Frage, welche der berührten Rechtsordnungen die zwischen den Parteien geschlossenen Verträge und die Mediation (als Verfahren) beherrschen.

[1213] Das MediationsG selbst enthält hinsichtlich einer internationalen Mediation keinerlei Vorschriften. Daher gelangen die allgemeinen Regeln des deutschen Kollisi-

onsrechts zur Anwendung. Primär handelt es sich um die allgemeinen Regeln in Art. 3 ff. EGBGB¹⁰¹⁹, die schuldrechtlichen Regeln der Rom I-Verordnung¹⁰²⁰ sowie die verfahrens- und vollstreckungsrechtlichen Regeln der Brüssel I-Verordnung¹⁰²¹. Zusätzlich kann bei vorvertraglichen (*culpa in contrahendo*/"cic") oder deliktsrechtlichen Ansprüchen die Rom II-Verordnung¹⁰²² ebenso auf eine internationale Mediation zur Anwendung gelangen. Die drei für eine internationale Mediation entscheidenden EU-Verordnungen schaffen EU-weit einheitliches Recht, so dass deren kollisionsrechtliche Regeln in Hinblick auf grenzüberschreitende Mediation in allen EU-Mitgliedsstaaten identisch sind.

[1214] Die vorbenannten EU-Verordnungen dürfen indes nicht mit der EU-RL von 2008¹⁰²³ („Cross-Border Mediation Directive“) verwechselt werden, die zwar grundsätzlich für grenzüberschreitende Mediationen gilt, aber nur Mindeststandards in den EU-Mitgliedsstaaten im Hinblick auf die Qualität der Ausbildung (Art. 4), die Unterbrechung der Verjährung (Art. 8), die Vollstreckbarkeit einer Mediationsabschlussvereinbarung oder Vergleichs (Art. 6) sowie die Vertraulichkeit der Mediation (Art. 7) setzt.

[1215] Die Frage des anwendbaren Rechts auf die Mediationsvereinbarung regelt die EU-Directive (Cross Border

¹⁰¹⁹ Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Siehe Rechtsquellenverzeichnis)

¹⁰²⁰ ROM I - VO (EG) Nr. 593/2008 (Siehe Rechtsquellenverzeichnis)

¹⁰²¹ Brüssel I - VO (EG) (Siehe Rechtsquellenverzeichnis)

¹⁰²² ROM II - VO (EG) Nr. 864/2007 (Siehe Rechtsquellenverzeichnis)

¹⁰²³ EU-RL

Mediation) dagegen nicht. Sie lässt die EU-Verordnungen zum Internationalen Privat- und Verfahrensrecht unberührt. So hat beispielsweise das Vereinigte Königreich zur Umsetzung der Cross Border Directive auch keineswegs wie etwa die Bundesrepublik Deutschland ein eigenes MediationsG erlassen, sondern durch die *Cross Border Mediation Regulations 2011* lediglich bestimmte Verjährungsfristen und -regeln in einzelnen, bereits bestehenden, Gesetzen angepasst¹⁰²⁴ und keine weiteren gesetzlichen Anpassungen für notwendig erachtet.

Praktische Relevanz

[1216] Die Frage nach dem anwendbaren Recht in der internationalen Mediation wird an fünf Stellen relevant, aber nur dann, wenn einer der Medianden oder der Mediator staatliche (gerichtliche) Hilfe zur Rechtsdurchsetzung in Anspruch nehmen muss. Letzteres kommt in der Regel dann vor, wenn eine der Parteien die getroffenen vertraglichen Vereinbarungen nicht erfüllen will oder finanziell (vorübergehend) nicht erfüllen kann oder will. Bei internationaler Mediation hat man es zudem mit unterschiedlichen Rechts- und Streitkulturen zu tun. Hinzukommen verschiedene (Rechts-) Sprachen oftmals gekoppelt mit einer Kompromissprache als Sprache des Mediationsverfahrens. Allesamt Faktoren, die im Vergleich zu rein nationaler Mediation in erheblichem Maße Missverständnisse produzieren können und damit die

¹⁰²⁴ Gesetzestext der am 20.05.2011 in Kraft getretenen „Cross Border Mediation [EU Directive] Regulations 2011“ unter www.legislation.gov.uk/ukxi/2011/1133/made (zuletzt angesehen am 26.03.2013).

Gefahr des Scheiterns einer internationalen Mediation oder die der Nichterfüllung vermeintlich klarer Abschlussvereinbarungen (Vergleiche).

[1217] Die fünf kollisionsrechtlichen Problemkreise in der Praxis einer internationalen Mediation berühren den MV, die MDV und die MAV. Sie lassen sich wie folgt aufteilen:

1. Die zwischen den Medianden zu treffende Mediationsvereinbarung,
2. der Mediationsvertrag zwischen den Medianden und dem/den Mediator(en),
3. die Verfahrensstandards sowie Verfahrenssprache,
4. die (Mediations-)Abschlussvereinbarung (Vergleich) und
5. die Vollstreckbarkeit der Abschlussvereinbarung.

Diese vorgenannten fünf Problemkreise lassen sich kollisionsrechtlich im Einzelnen wie folgt erfassen:

1. Problemkreise 1., 2. und 4.

[1218] Betroffen sind die Problemkreise: Mediationsvereinbarung, Mediationsvertrag, also der MV und die MDV, sowie die MAV, also die Abschlussvereinbarung. Die mediationsbezogenen Verträge lassen sich aus deutscher Sicht (*lex fori*) als schuldrechtliche Verträge qualifizieren, so dass die Rom I-Verordnung zur Anwendung gelangt¹⁰²⁵. Hier haben die Medianden sowie der Mediator

¹⁰²⁵ Im Gegensatz zu Mediationsvereinbarungen sind schiedsgerichtliche Vereinbarungen ausdrücklich nach Art. 1 Abs. 2 e) Rom I vom Anwendungsbereich der Rom I-VO ausgeschlossen, was den Streit um die verfahrens- oder materiell-rechtliche Qualifikation einer Schiedsgerichtsvereinbarung entfacht hat, zum Streitstand s. *Ute König*, Zur Bestim-

jeweils als Vertragsparteien die Möglichkeit, das Recht eines Staates zu wählen (Art. 3 Rom I-VO).

✎ Unterlassene Rechtswahl

[1219] Mangels wirksamer Rechtswahl findet das Recht Anwendung, das die engste Verbindung zum Vertrag aufweist (Art. 4 Abs. 4 Rom I-VO). Denn die Mediationsvereinbarung ist ein Vertrag *sui generis*, für den die (widerlegbaren) Vermutungen des Art. 4 Abs. 1 Rom I-VO nicht greifen. Lediglich der Mediationsvertrag mit dem Mediator ließe sich als Dienstvertrag qualifizieren mit der Folge, dass das Recht am Wohnsitz oder der Niederlassung des Mediators zur Anwendung käme (s. Art. 4 Abs. 1 b) Rom I-VO).

[1220] Sofern es sich indes um Schadensersatzansprüche wegen der Verletzung vorvertraglicher (Aufklärungs-) Pflichten handelt, etwa seitens des Mediators, ist die Rom II-VO anwendbar; Gleiches gilt für wechselseitige Schadensersatzansprüche aus unerlaubter Handlung/Delikt. Hier findet grundsätzlich das Recht des Staates Anwendung, in dem der Schaden eintritt (s. Art. 1 Abs. 1 Rom II), wo also eine der Parteien etwa aufgrund der Verletzung einer vorvertragliche (Aufklärungs-) Pflicht oder einer anderen deliktischen Handlung unmittelbar einen Schaden erlitten hat¹⁰²⁶.

¹⁰²⁶ mung des Schiedsvertragsstatuts bei fehlender Gesetzesgrundlage nach Inkrafttreten der Rom I-Verordnung, SchiedsVZ 2012 (3), S. 129, 130 ff.
Von dieser Grundregel gibt es in besonderen Fallkonstellationen Ausnahmen nach Art. 4 Abs. 2 und Abs. 3 Rom II.

[1221] In jedem Fall kann zwingendes Recht der beteiligten Rechtsordnungen nicht umgangen werden (s. Art. 16 Rom II, Art. 9 Rom I).

✎ Zwingendes nationales Recht übergangen

[1222] Fragen der Geschäftsfähigkeit und Vertretung der Medianden oder des Mediators regeln sich nach der jeweiligen Staatsangehörigkeit oder bei juristischen Personen nach dem Recht ihres Sitzes oder ihrer Niederlassung.

II. Problemkreise 3. und 5.

[1223] Die Problemkreise "Verfahrensstandards", „Verfahrenssprache“ und „Vollstreckbarkeit“ sollen angesprochen werden. Verfahrensregeln, die Verfahrenssprache in der internationalen Mediation sowie die Vollstreckbarkeit der Abschlussvereinbarung sind verfahrensrechtlich zu qualifizieren und lassen sich teilweise nach den Regeln des internationalen Zivilverfahrensrechts lösen.

[1224] Die Vollstreckbarkeit einer im Ausland ergangenen Abschlussvereinbarung setzt voraus, dass sie in Form eines gerichtlichen, notariellen oder anwaltlichen Vergleiches abgefasst wurde. Hierauf ist die EU-weit einheitliche Brüssel I-Verordnung anzuwenden, die einige formelle Voraussetzungen auflistet¹⁰²⁷. Sofern die Formalien eingehalten werden, kann ein solcher Vergleich (Mediationsabschlussvereinbarung) ohne weitere inhaltliche Prüfung (keine *revision au fond*) in jedem EU-

¹⁰²⁷ Die Formalien der Vollstreckung eines solchen Mediationsvergleichs ergeben sich aus Art. 57, 58 Brüssel I-VO.

Mitgliedsstaat mit gerichtlicher Hilfe vollstreckt werden, es sei denn, sie verstieße ausnahmsweise gegen die öffentliche Ordnung (*ordre public*-Vorbehalt), d.h. grundlegende zwingende Normen oder Grundsätze, des Vollstreckungsstaates.

[1225] Hinsichtlich der Verfahrensregeln einer Internationalen Mediation gibt es keine speziellen Regeln, es sei denn, die Medianden hätten ausdrücklich etwas vereinbart. Somit gelten hier die gleichen Verfahrensstandards wie bei einem rein nationalen Mediationsverfahren. Das Mediationsverfahren beruht in beiden Fällen auf den schuldrechtlichen Vereinbarungen der Mediationsvereinbarung zwischen den Medianden sowie dem Mediationsvertrag mit dem/den Mediator(en). Folglich können die Parteien auch bei einer internationalen Mediation die Verfahrensregeln frei wählen, sofern grundlegende Verfahrensstandards (*fair trial*) eingehalten werden, die auch im deutschen MediationsG (§ 2 Abs. 2, 3 MedG) verankert sind.

[1226] Sofern die Medianden eine institutionelle Mediation¹⁰²⁸ gewählt haben, werden oft direkt oder indirekt die von der Institution vorgefertigten und von den vermittelten Mediatoren praktizierten Verfahrensregeln angewendet.

[1227] Bei Internationaler ad hoc-Mediation gibt es einen solchen institutionellen Rechtsrahmen nicht, so dass verfahrensrechtlich eine Lücke entstehen kann. Daher ist bei jeder ad hoc-Mediation, insbesondere aber bei einer in-

¹⁰²⁸ z.B. Integrierte Mediation e.V., Institut für Europäische Mediation und Schiedsgerichtsbarkeit/IEMS e.V.

ternationalen, empfehlenswert, zur Rechtssicherheit ausdrücklich grundlegende Verfahrensregeln mit dem Mediator zu vereinbaren. Der *European Code of Conduct for Mediators*¹⁰²⁹ bietet sich insofern an, weil er ebendiese grundlegenden Verfahrensgrundsätze enthält und Klarheit über Beginn, Fortgang und Ende einer (Internationalen) Mediation schafft.

✎ Keine Verfahrensregeln (MDV) vereinbart

III. Pflichten des Mediators

[1228] Die Pflichten des Mediators sollen anhand der Mediation und Mediationsbefugnis in Österreich erläutert werden. Die Pflichten des Mediators in einer internationalen Mediation sind gegenüber einem rein inländischen Verfahren deutlich erhöht:

[1229] Der Mediator hat als professioneller Anbieter eines Streitbeilegungsverfahrens darauf hinzuwirken, dass eine vollstreckbare (Mediations-) Abschlussvereinbarung zwischen den Medianden geschlossen wird. Ebenso hat der Mediator auf die Möglichkeiten einer ausdrücklichen Rechtswahl in den entsprechenden mediationsbezogenen Verträgen hinzuweisen sowie grundlegende Verfahrensprinzipien, insbesondere bei einer Mediation im Ausland, zu beachten. Zwingende Normen einer berührten ausländischen Rechtsordnung sind stets zu berücksichtigen, sofern der Mediationsort im Ausland liegt. Als Ausfluss der staatlichen Souveränität der jeweiligen Mitgliedstaaten und des *ordre public*-Vorbehalts sind zwingende Vorschriften über das Verfahren oder die Berufs-

¹⁰²⁹ Code of Conduct (siehe Rechtsquellenverzeichnis und Anhang)

ausübung, sowie verfassungs- und strafrechtliche Normen und das ausländische Recht, soweit es auf die Vereinbarungen anzuwenden ist (durch Rechtswahl, Art. 3 Rom I-VO oder hilfsweise Anknüpfung an die engste Verbindung mit einer Rechtsordnung, Art. 4 Rom I-VO) stets zu beachten.

[1230] Am Beispiel eines in Österreich durchgeführten Mediationsverfahrens wird dies deutlich: Die Medianden haben in der Mediationsvereinbarung für das Mediationsverfahren deutsches Recht vereinbart, tatsächlich findet aber das Verfahren in Österreich statt (z.B. beim Heurigen in Grinzig). Hier ist fraglich, ob die Regeln des österreichischen Bundesgesetzes über Mediation in Zivilsachen als zwingendes Recht anzuwenden sind mit der Folge, dass etwa nur ein in der Mediatorenliste eingetragener Mediator das Verfahren durchführen darf. Zunächst ist hierbei zwischen dem vereinbarten Mediationsort und dem bloßen Tagungs- oder Verfahrensort zu unterscheiden. Sofern die Parteien ausdrücklich oder indirekt durch Wahl einer institutionellen Mediation einen Mediationsort bestimmt haben, sind die an diesem Mediationsort geltenden zwingenden verfahrensrechtlichen Regeln aufgrund des *ordre public*-Vorbehalts anzuwenden. Welche Regeln zwingend sind, muss im Einzelfall anhand des betreffenden einzelstaatlichen Rechts entschieden werden. Sofern die Parteien indes die Durchführung des Verfahrens an einen abweichenden Ort verlegen ohne ausdrücklich einen neuen Mediationsort festlegen zu wollen, handelt es sich lediglich um einen Tagungs- oder Verhandlungsort ohne Einfluss auf das anwendbare Verfahrensrecht. Oft wird aus praktischen Er-

wägungen ein zentraler Ort als Schnittmenge aller Anfahrtswege gewählt, so dass ein Tagungsraum in einem Hotel in Bahnhofs- oder Flughafennähe nicht ungewöhnlich ist. Somit steht es den Parteien frei, das Mediationsverfahren auch beim Heurigen in Grinzig bei Wien durchzuführen, obwohl deutsches Recht das auf die Verträge anwendbare Recht sowie Verfahrensrecht ist und der Mediationsort in Deutschland liegt. Insofern bleibt österreichisches Recht in diesem Mediationsverfahren unbeachtlich, obwohl die Mediationsverhandlungen tatsächlich auf österreichischem Boden durchgeführt werden.

[1231] In jedem Fall darf auch ein EU-Ausländer, der nach seinem Heimatland die Qualifikationen als Mediator erworben hat, als Ausgestaltung der Niederlassungsfreiheit aufgrund der EU-Dienstleistungsrichtlinie von 2006¹⁰³⁰ in jedem anderen EU-Mitgliedsstaat Mediationsverfahren durchführen. Allerdings kann jeder EU-Mitgliedsstaat nach Art. 9 EU-Dienstleistungsrichtlinie bei zwingenden Gründen des Allgemeininteresses besondere Genehmigungsvorschriften für die Ausübung der Dienstleistung erlassen, an die auch EU-Ausländer gebunden sind. Letzteres ist etwa das Verfahren zur Verleihung der Berufsbezeichnung „eingetragener Mediator“ in Österreich, das in zulässiger Weise besondere Mindestvoraussetzungen im Allgemeininteresse aufstellt.

[1232] Anders verhält es sich dagegen, wenn die Parteien den Mediationsort nach Österreich verlegen. In diesem Fall sind zwingende verfahrensrechtliche Vorschriften

¹⁰³⁰ EU-Dienstleistungs-RL (siehe Rechtsquellenverzeichnis)

des österreichischen Rechts zu beachten. Die Republik Österreich hat insofern bereits 2003 das Bundesgesetz über Mediation in Zivilrechtssachen¹⁰³¹ erlassen, auf dessen Grundlage die Verordnung des Bundesministers für Justiz von 2004¹⁰³² eine Mediatorenliste und die Bezeichnung „eingetragener Mediator“ eingeführt hat. Voraussetzung für eine Eintragung sind u.a. die fachliche Qualifikation bei einer ebenfalls eingetragenen („akkreditierten“) Ausbildungseinrichtung, eine (österreichische) Haftpflichtversicherung von mindestens EUR 400.000,00 sowie das Mindestalter von 28 Jahren. Die Ersteintragung erfolgt für fünf Jahre, danach in Zehnjahresabständen, sofern die Eintragungsvoraussetzungen und eine und eine Haftpflichtversicherung einer in Österreich ansässigen Versicherung nachgewiesen werden. Diese beim österreichischen Ministerium für Justiz geführte Mediatorenliste berechtigt aufgrund eines ordnungsgemäßen Eintrags nach § 15 Abs. 1 ZivMediatG, den Titel „eingetragener Mediator“ zu führen¹⁰³³.

[1233] Auf den ersten Blick scheinen nur in der Liste eingetragene Mediatoren berechtigt zu sein, ein Mediationsverfahren mit Mediationsort in Österreich durchzuführen. Wenn es sich bei dieser Regelung um zwingendes Recht handelt, wäre der Mediationsvertrag zwischen den Parteien und dem nicht eingetragenen Mediator nach

¹⁰³¹ (Österreichisches) Bundesgesetz über Mediation in Zivilrechtssachen (Zivilrechts-Mediations-Gesetz - ZivMediatG), BGBl. I Nr. 29/2003.

¹⁰³² Verordnung des Bundesministers für Justiz (Österreich) über die Ausbildung zum eingetragenen Mediator (Zivilrechts-Mediations-Ausbildungsverordnung - ZivMediatAV, BGBl. II Nr. 47/2004.

¹⁰³³ Vgl. www.mediatorenliste.justiz.gv.at/mediatoren (zuletzt besucht am 26.03.2013).

Art. 9 Rom I-VO sowie Art. 34 Nr. 1 Brüssel I-VO wegen Verstoßes gegen den österreichischen *ordre public* unwirksam und nicht anerkennungsfähig. Eine Mediationsabschlussvereinbarung in der Form eines Vergleiches in einer öffentlichen Urkunde aus Deutschland oder einem anderen EU-Staat würde die Vollstreckung in Österreich nach Art. 57 Abs. 1 Brüssel I-VO wegen Verstoßes gegen den *ordre public* versagen. Die vorbenannten Unwirksamkeitsfolgen betreffen nicht nur (vermeintlich) zwingende Vorschriften in Österreich, sondern in jedem EU-Mitgliedsstaat, in dem der Mediationsort liegt oder dessen Recht materiell auf die Verträge anwendbar ist. Andererseits handelt es sich bei der Bezeichnung „eingetragener Mediator“ und der Mediatorenliste lediglich um eine Qualitätssicherung für die Rechtssuchenden und zudem eine Privilegierung der Mediatoren, die etwa im Strafprozessrecht wegen ihrer Geheimhaltungspflicht die Aussage zu Kenntnissen aus dem Mediationsverfahren verweigern können. Weder das ZivMediatG noch die ZivMediatAV erwähnen eine exklusive Berufsausübung in Österreich nur durch eingetragene Mediatoren. Damit dürfen auch Mediatoren, die nicht in der Mediationsliste eingetragen sind, in Österreich Mediationsverfahren wirksam durchführen, sie sind nur nicht privilegiert, dürfen nicht den Namen „eingetragener Mediator“ führen. Auch die an den eingetragenen Mediator geknüpfte Fristenhemmung des § 22 ZivMediatG trifft auf sie nicht zu.

[1234] Das Beispiel zeigt, dass bei der Verlegung des Mediationsverfahrens ins Ausland stets im Einzelfall und vorab zu prüfen ist, ob dort keine zwingenden Normen vorhanden sind, die u.U. ein Mediationsverfahren beson-

deren, strengen Regeln unterwerfen oder bestimmte Qualifikationen vom Mediator verlangen.

✎ Unterlassene Rechtsprüfung

[1235] In Hinblick auf die Verjährung ist ferner zu beachten, dass das von den Parteien gewählte ausländische Recht nicht unbedingt für die Dauer der Mediation die Verjährung wie im Heimatrecht unterbricht oder hemmt, weshalb hier besondere Sorgfalt gefragt ist. Dies gilt selbst für EU-Mitgliedsstaaten, weil die EU Mediations-Richtlinie von 2008 in ihrem Art. 8 nur sehr grobe Mindeststandards vorsieht.

[1236] Die Medianden können indes die Beachtung der internationalen Dimensionen als professionelle Sorgfaltpflichten von einem Mediator erwarten, der grenzüberschreitende Mediation beruflich, also gegen entsprechende Bezahlung, anbietet und/oder ausübt. Andernfalls kann sich der Mediator den Medianden gegenüber schadensersatzpflichtig machen.

[1237] Sonstige zusätzliche standesrechtliche Sorgfaltpflichten anderer Berufsgruppen, wie etwa Rechtsanwälte, die als Mediatoren in einer internationalen Mediation tätig werden, bleiben hiervon unberührt.

[1238] Insgesamt eröffnet die internationale Mediation also auf der Grundlage der entsprechenden Verträge zwischen den Medianden und dem/den Mediator(en) weitere Optionen, die vom deutschen MediationsG unerwähnt bleiben. Mithin ist bei der internationalen Mediation besondere Sorgfalt erforderlich, um bei sprachlichen und (rechts)kulturellen Differenzen der Medianden eine er-

folgreiche Mediation mit einer wirksamen sowie vollstreckbaren Abschlussvereinbarung erreichen zu können.

Mediationsbefugnis

[1239] Als Ausfluss der Freizügigkeit schreibt die EU-Dienstleistungsrichtlinie von 2006¹⁰³⁴ vor, dass jeder EU-Bürger die in seinem Heimatland legal ausgeübte berufliche Tätigkeit grundsätzlich auch in allen anderen EU-Mitgliedsstaaten ausüben darf. Der Grundsatz erfährt Einschränkungen. Für die Ausübung der Mediation in einem anderen EU-Land gilt daher Folgendes:

[1240] Ein EU-Ausländer, der nach seinem Heimatland die Qualifikationen als Mediator erworben hat, darf grundsätzlich aufgrund der EU-Dienstleistungsrichtlinie in jedem anderen EU-Mitgliedsstaat Mediationsverfahren durchführen. Es steht indes im Ermessen eines jeden EU-Mitgliedstaates aufgrund der Ermächtigung durch Art. 9 EU-Dienstleistungsrichtlinie bei zwingenden Gründen des Allgemeininteresses besondere Genehmigungsvorschriften für die Ausübung der Dienstleistung zu erlassen, an die auch EU-Ausländer gebunden sind. Daher darf die Ausgestaltung der Zulassung als Mediator in den EU-Mitgliedsstaaten auch durchaus unterschiedlich gestaltet werden. Österreich hat, wie bereits oben dargestellt, umfangreiche Vorschriften erlassen sowie eine beim Bundesjustizministerium geführte Liste von eingetragenen Mediatoren eingeführt, und zwar bereits lange vor Inkrafttreten der Mediationsrichtlinie von 2008. Die-

¹⁰³⁴ EU-Dienstleistungs-RL (siehe Rechtsquellenverzeichnis)

se Beschränkungen sind aufgrund von Art. 9-Dienstleistungsrichtlinie zulässig. Sie beziehen sich auf die Führung der Berufsbezeichnung „eingetragener Mediator“ in Österreich. Hiermit werden für Österreich in zulässiger Weise professionelle Mindestvoraussetzungen für Mediatoren im Allgemeininteresse aufstellt.

[1241] Ebenso verhält es sich bei inhaltlichen und zeitlichen Mindestvoraussetzungen in der Mediatorenausbildung, die etwa von derzeit 40 Stunden im Vereinigten Königreich bis zu 120 Stunden in Deutschland und mehr in Österreich divergiert. Der von den jeweils in den einzelnen EU-Mitgliedsstaaten von den akkreditierten Stellen verliehene Berufsbezeichnung “Mediator” darf aufgrund der EU-Dienstleistungsrichtlinie grundsätzlich auch in anderen EU-Staaten geführt werden. Sofern das betreffende Mitgliedsland in Ausgestaltung des Vorbehalts von Art. 9 EU-Dienstleistungsrichtlinie spezielle inländische Vorschriften zur Ausübung der Tätigkeit als Mediator erlassen hat, gelten diese auch für EU-Ausländer. Die Standards der Verbände haben keinen Gesetzesrang. Sie werden von Art. 9 EU-Dienstleistungsrichtlinie nicht erfasst und eignen sich deshalb nicht zur restriktiven Definition von Zulassungsbeschränkungen, Mithin bestehen also trotz der EU-Mediationsrichtlinie erhebliche Unterschiede in der Ausbildung, Zertifizierung und damit der Qualität von Mediatoren. Dies ist allerdings vom EU-Gesetzgeber bewusst gewählt. Es ist aber zu erwarten, dass in Hinblick auf die notwendige Qualität und Vergleichbarkeit von EU-weit tätigen (“cross-border”) Mediatoren in absehbarer Zeit weitere Harmonisierungsbestrebungen seitens der EU

folgen werden. Denn Art. 11 EU-Mediationsrichtlinie sieht vor, dass die Kommission bis spätestens 21. Mai 2016 einen Bericht über die Anwendung dieser Richtlinie vorzulegen hat.

Cross Border Mediation

[1242] Die internationale Mediation hat sich unter dem Begriff der CBM, also der Cross Border Mediation zu einer Fachausrichtung entwickelt [149]. In dem EU-geförderten Projekt *EuroNetMed*¹⁰³⁵ wurde CBM als internationale *und* interkulturelle Mediation zusammengefasst. Diese Definition trägt dem Umstand Rechnung, dass nicht nur rechtliche und nationale, sondern gegebenenfalls auch kulturelle Besonderheiten zu beachten sind. In dem Projekt wurden Kompetenzen beschrieben, über die ein Mediator zusätzlich verfügen muss, sobald er mit Medianden aus verschiedenen Ländern und Kulturen umzugehen hat. Befinden sich die Mediatoren in einer großen räumlichen Distanz zueinander, steht dies einer Mediation nicht unbedingt im Wege. Eine sogenannte Online-Mediation [149] beschreibt, wie er die Mediation mit technischen Hilfsmitteln, entweder synchron, per VoIP oder Videotelefonie oder asynchron per E-Mail durchführen kann.

Internationale Mediatorenetzwerke

[1243] Mediatoren versuchen sich auch international zu vernetzen. Dabei geht es nicht nur um Expansion, sondern auch um den Abgleich der Standards und das von-

¹⁰³⁵ *Trossen* (EuroNetMed)

einander Lernen. Einige Verbände wie Integrierte Mediation oder DACH beispielsweise stellen internationale Netzwerke für ihre ausländischen Mitglieder oder Mitgliedsverbände bereit. Andere versuchen, darüber hinausgehende Netzwerke aufzubauen. Die bekanntesten und bisher stabilsten europäischen Mediatorenetzwerke sind EMNI und GEMME. Eine Übersicht über diese und weitere internationale Mediatorenetzwerke wird bei in-Mediation aktualisiert und vorgehalten¹⁰³⁶.

¹⁰³⁶ *Trossen* (EuroNetMed), siehe auch <http://www.in-mediation.eu/netzwerk/mediationszentrum> dl: 17.8.2013

VI

Die anderen ADR Verfahren

[1244] Es scheint fast so, als wäre die Mediation zum Synonym für die einvernehmliche Konfliktbeilegung hochstilisiert. Zweifellos bildet sie einen Schwerpunkt. Nach den Erkenntnissen der Integrierten Mediation bildet sie sogar den Maßstab für alle Verfahren der einvernehmlichen Konfliktbeilegung¹⁰³⁷. Die Herleitung dieser These folgt dem hinter der Mediation verborgenen Kognitionsprozess¹⁰³⁸, der wie ein Metakzept mehr oder weniger für alle Verfahren zum Maßstab wird¹⁰³⁹. **Es handelt sich um einen methodischen Zugang, bei dem die Verfahren stets eine Untermenge der Mediation abbilden, um sich über die Mediation zu vervollständigen.** So gesehen gelten die Ausführungen zur Mediation zumindest indirekt und mit den gebotenen Abstrichen auch für alle anderen ADR Verfahren¹⁰⁴⁰. Das Mediationsförderungsgesetz trägt den Titel „Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung“. In der Begründung zum Gesetzesentwurf werden „die unterschiedlichsten Verfahren wie die in zahlreichen Landesgesetzen vorgesehenen Schlichtungs-, Schieds- und Gütestellen, die Ombudsleute, Clearingstellen und neuere Schieds- und Schlichtungsverfahren wie Shuttle-Schlichtung,

¹⁰³⁷ Wikipediation (Integrierte Mediation – Konzept)

¹⁰³⁸ Wikipediation (Kognitionsprozess)

¹⁰³⁹ *Trossen* (Mediation visionär)

¹⁰⁴⁰ www.in-mediation.eu

Adjudikation, Mini Trial, Early Neutral Evaluation (ENE) und Online-Schlichtung¹⁰⁴¹“ genannt.

[1245] Eine systematische Zuordnung ist weder erfolgt noch möglich. Indem der Gesetzgeber auch Verfahren vor dem Ombudsmann oder ENE-Verfahren unter den Begriff der ADR-Verfahren gefasst wissen will, ergibt sich eine gewisse Nähe zu den Verfahren der dyadischen Phase, die der Beratung nahe stehen. In jedem Fall wäre auch die Beratung mit Methoden der Mediation eine Form der außergerichtlichen Streitbeilegung und durchaus eine "Adequate Dispute Resolution", wie ADR Verfahren mitunter auch genannt werden. *Brunet* und *Craver*¹⁰⁴² beschreiben auch eine Juridical Mediation des erkennenden Richters als ein ADR Verfahren ebenso wie die Negotiation (Verhandlung). Die EU stellt heraus, dass ein modernes Recht eine Auswahl von Herangehensweisen (approaches) und Optionen vorhalten müsse, um Streit beizulegen¹⁰⁴³.

Definition

[1246] ADR meint nicht American Depository Receipts¹⁰⁴⁴ und hat auch nichts mit Aktien zu tun. Das Akronym ADR kommt aus dem Englischen. Es steht für **Alternative Dispute Resolution**. In Australien wird die ADR auch als EDR bezeichnet, wobei das "E" für External steht. Andere Bezeichnungen sind: Appropriate Dispute Resolution (ADR), Amicable Dispute Re-

¹⁰⁴¹ Begründung Seite 15 mit Hinweis auf *Risse/Wagner*, Handbuch der Mediation, 2. Auflage, § 23 Rn. 93 ff. Adjudikation, Mini Trial, Early Neutral Evaluation sind in UK gebräuchliche ADR Verfahren.

¹⁰⁴² *Brunet/Craver* (ADR), Seite 1

¹⁰⁴³ Report, Alternative Dispute Resolution: Mediation and Conciliation, LRC 98-2010, S. 7

¹⁰⁴⁴ Wirtschaftslexikon/Börsenlexikon "ADR"

solution (ADR), Effective Dispute Resolution (EDR), Better dispute resolution (BDR), Improved dispute resolution (IDR), Flexible dispute resolution (FDR), Complementary dispute resolution (CDR) und Peaceful dispute resolution (PDR)¹⁰⁴⁵. Im Wörterbuch wird "Dispute Resolution" mit Schlichtung übersetzt¹⁰⁴⁶. Treffender ist wohl die Übersetzung mit "Streitbeilegung". Dann bedeutet ADR übersetzt alternative Streitbeilegung. Dispute heißt Streit¹⁰⁴⁷. Resolution heißt Auflösung¹⁰⁴⁸. *Brunet* und *Craver*¹⁰⁴⁹ definieren ADR als Alternativen zum konventionellen Gerichtsverfahren ("alternatives to the conventional trial process"). Auch diese Konnotation legt keine Außergerichtlichkeit nahe. Außergerichtlich hieße im Englischen extrajudicial oder out-of-court. Demzufolge führen *Brunet* und *Craver*¹⁰⁵⁰ aus: "ADR is a generic term that includes widely differing procedures". *Galster* und *Rupp* führen an, dass ADR im ICC-ADR-Regelwerk der Internationalen Handelskammer vom 1.7.2001 als Kurzform für „Amicable Dispute Resolution" beschrieben wird, was als gütliche Beilegung von (Wirtschafts-) Streitigkeiten ausgewiesen sei¹⁰⁵¹. Weiterhin wird auf die begriffliche Uneinheitlichkeit und Abgrenzungsprobleme hingewiesen. Alternative Dispute Resolution ist ein Sammelbegriff der nicht differenziert, ob es sich um prozess- oder ergebnisorientierte, Eigen- oder fremdbestimmte Verfahren handelt. Selbst die Frage ob ein neutraler

¹⁰⁴⁵ Zusammenstellung im Vortrag von Dr. Srdan Shimaz (Mediator aus Kroatien) auf der Konferenz "Mediation Overview", 4-6 September 2014 in Keszthely

¹⁰⁴⁶ Dict (dispute+resolution), dl: 1.9.2012

¹⁰⁴⁷ Dict (dispute), dl: 1.9.2012

¹⁰⁴⁸ Dict (resolution), dl: 1.9.2012

¹⁰⁴⁹ *Brunet/Craver* (ADR), Seite 4

¹⁰⁵⁰ *Brunet/Craver* (ADR), Seite 4

¹⁰⁵¹ *Galster / Rupp*

Dritter einzuschalten ist wird hinterfragt¹⁰⁵². Die von *Diedrich*¹⁰⁵³ mehr und mehr eingebrachte Übersetzung mit *Appropriate Dispute Resolution* verdeutlicht am besten worum es geht, nämlich die geeignete Form der Konfliktbeilegung zu finden. In Deutschland hat sich die Übersetzung "außergerichtliche Konfliktbeilegung" etabliert¹⁰⁵⁴. Das Gesetz verwendet den Begriff der ADR nicht, obwohl diese Verfahren angesprochen sein sollen. Es beschreibt nicht die alternative oder die einvernehmliche, aber die *außergerichtliche* Konfliktbeilegung, wobei es unklar geblieben ist, ob der Güterichter entgegen seinem tatsächlichen Rechtsstatus als eine außergerichtliche Konfliktbeilegung angesehen werden kann. Es wäre ohne weiteres möglich, die Güterichterverhandlung als eines der ADR Verfahren anzusehen. Begriffliche Irritationen könnten vermieden werden, wenn der Gesetzgeber die „außergerichtliche Konfliktbeilegung“ als „alternative“ oder „einvernehmliche Konfliktbeilegung“ bezeichnet. Dieser Schritt würde nicht nur zur Rechtsvereinheitlichung beitragen. Er würde die Kooperation an und für sich fördern helfen und den Fokus auf *alle* Möglichkeiten der Konfliktvermeidung und Streitschlichtung jenseits von Exklaven und Insellösungen erweitern.

✍ „außergerichtlich“ durch „einvernehmlich“ ersetzen

¹⁰⁵² *Galster / Rupp*

¹⁰⁵³ *Diedrich*, Prof. Dr. Frank, in einem Vortrag bei der RGSL in Riga zur Veranstaltung am 23.5.2013 zum Thema "Mediation – an efficient tool for business conflicts".

¹⁰⁵⁴ <http://www.dict.cc/?s=alternative+dispute+resolution> dl: 30.3.2013

Wirkungsgrad

[1247] Ob ein Verfahren zum ADR Verfahren wird, allein weil dort die *Methoden* der Mediation zur Anwendung kommen, kann dahingestellt bleiben. Der rechtliche Wirkungsgrad verändert sich dadurch nicht. Inhaltlich regelt das Mediationsförderungsgesetz nur die Mediation. Die Vorschriften lassen die ADR-Verfahren unberührt. Bezugnahmen auf die „anderen Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung“ erfolgen lediglich zur Öffnung der Gerichtsverfahren in folgenden Verfahrensvorschriften:

1. ZPO §§ 41 Nr. 7, 253 Abs. 3 Nr. 3, 278a,
2. FamFG §§ 36a, 81 Abs. 2 Nr. 5, 135, 155, 156, ...
3. ArbGG 54a, 55 Abs. 1 Nr. 8, 80 Abs. 2, 87
4. SGB § 202
5. VwGO § 173

ADR Verfahren und ihre Rechtsquellen

[1248] Soweit "andere Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung" betroffen sind, unterliegen sie dem für sie jeweils geltenden Verfahrensrecht. Auf eine generelle Regelung beispielsweise der Verschwiegenheitspflicht für alle ADR Verfahren wurde verzichtet. Differenzierungen sind deshalb angebracht.

Schiedsgerichtsverfahren

[1249] Das Schiedsgerichtsverfahren ist eine außergerichtliche und dennoch autoritative Form der Streitbeilegung. Obwohl es sich um ein nicht-staatliches Verfahren handelt, ist das nationale Schiedsgerichtsverfahren in den §§ 1025-1066 ZPO

geregelt. Ein von den Parteien gewählter Schiedsrichter, der übrigens kein Jurist sein muss, soll die *Streitentscheidung* vornehmen. Wesentlich für das echte Schiedsgericht sind insbesondere der Ausschluss des Rechtsweges zu den ordentlichen Gerichten (§ 1027 a ZPO), die Schiedsfähigkeit des Streitgegenstandes (§ 1025 Abs. 1 ZPO), die Unabhängigkeit der Schiedsrichter mit der Möglichkeit der Ablehnung (§§ 1032, 1045 ZPO) und grundsätzliche Verfahrensregelungen¹⁰⁵⁵.

[1250] Das Schiedsgerichtsverfahren unterliegt dem gleichen Kommunikationsmodell [74] wie das Gerichtsverfahren. Wie dieses ist es vom RDG ausgenommen [262]. Das Verfahren kennt kein Rechtsmittel, es gibt nur eine Instanz. In Verträgen wird das Schiedsgerichtsverfahren als bindend und den Rechtsweg ausschließend vereinbart.

[1251] Im internationalen Bereich werden verschiedene Schiedsgerichtsordnungen vorgestellt, die jedoch erst durch ihre vertragliche Einbeziehung verbindlich werden. Die bekannteste Regelung ist die UNCITRAL-Schiedsgerichtsordnung für Ad-hoc-Schiedsverfahren¹⁰⁵⁶. Anerkannte Schiedsgerichtsordnungen stellen aber auch die Internationale Handelskammer (International Chamber of Commerce, ICC)¹⁰⁵⁷, die American Arbitration Association (AAA)¹⁰⁵⁸, das International Institute for Conflict Prevention &

¹⁰⁵⁵ OLG Köln, Urteil vom 19.12.1990 - 24 U 51/90

¹⁰⁵⁶ <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-2010-e.pdf> abgelesen am 23.5.2013

¹⁰⁵⁷ <http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/ICC-Rules-of-Arbitration/> abgelesen am 23.5.2013

¹⁰⁵⁸ http://www.adr.org/aaa/faces/rules/searchrules/rulesdetail?doc=ADRSTG_002008&_afzLoop=2139745767106104&_afzWindowM ode=0&_afzWindowId=ro84ez0w9_1#%40%3F_afzWindowId%3Dro8

Resolution (CPR Institute) und in Deutschland das Deutsche Institut für Schiedsgerichtsbarkeit (DIS)¹⁰⁵⁹ zur Verfügung.

Schlichtung

[1252] Die Schlichtung scheint gegenüber der Mediation benachteiligt zu sein. Gesetzliche Regelungen finden sich in den zuvor genannten Vorschriften [1247] des Mediationsförderungsgesetzes. Sie konstatieren die Existenz der außergerichtlichen Konfliktbeilegungsverfahren zwar, aber regeln diese nicht. Gesetzliche Regelungen sind durch § 15 a EGZPO veranlasst, über den die Länder zum Erlass von Gesetzen einer *obligatorischen* Schlichtung ermächtigt wurden. Von der Ermächtigung, dieses Verfahren einer zivilrechtlichen Streitigkeit bis zu einem Streitwert von 750 € vorausgehen zu lassen, hat nur Baden Württemberg Gebrauch gemacht¹⁰⁶⁰.

Rechtsgrundlagen

[1253] Das Wesen der Schlichtung ergibt sich aus der Abgrenzung zur Mediation und zur Streitentscheidung. Rechtlich empfiehlt es sich auch hier zwischen dem zur Schlichtung verpflichtenden schuldrechtlichen Vertrag als *Causa* [218] und dem die Schlichtung regulierenden Vollziehungsvertrag zu differenzieren. Mithin ist analog zur Mediation zwischen dem Schlichtungsvertrag und der Schlichtungsdurchführungsvereinbarung (SDV) zu unterscheiden. Die Prinzipien

4ez0w9_1%26_afrLoop%3D2139745767106104%26doc%3DADRST
G_002008%26_afrWindowMode%3D0%26_adf.ctrl-
state%3Dro84ez0w9_57 abgelesen am 23.5.2013

¹⁰⁵⁹ <http://www.dis-arb.de/de/16/regeln/uebersicht-id0>

<http://www.dis-arb.de/de/16/regeln/uebersicht-id0>

¹⁰⁶⁰ Wittschier, Johannes; EGZPO § 15a Einigungsversuch vor Gütestelle IN Musielak, ZPO, 10. Auflage 2013

müssen vertraglich eingeführt werden. Die Vertraulichkeit kann durch Prozessverträge im gleichen Umfang wie die Mediation hergestellt werden, bedarf jedoch der Vereinbarung.

[1254] Die EU-RL hat ausdrücklich darauf hingewiesen, dass eine Mediation unabhängig von ihrer Bezeichnung anzunehmen ist, sobald die Voraussetzungen vorliegen. Dies entspricht dem nationalen Recht und dem Grundsatz „falsa demonstratio non nocet“. Die Anwendung der Vorschriften des MediationsG können also nur dann verhindert werden, wenn das durchzuführende Verfahren kein solches i.S.d. MediationsG ist. Ausschlaggebend ist das gewählte *Verfahren*, mithin der Container, in dem die verfahrensbezogenen Handlungen stattfinden [549][667].

[1255] Es entsteht der Eindruck, als sei die Mediation das „geregelt“ Verfahren während die Schlichtung eine Art Auffangbecken bildet für diejenigen Fälle, die nicht unter die Mediation zu subsumieren sind. Ein Schlichter der sein Handwerk versteht, muss die Mediation beherrschen. Auch darf er sich die Freiheit nehmen, in der Schlichtung die Methoden der Mediation anzuwenden.

Vorkommen

[1256] In der Öffentlichkeit wurde wohl "Stuttgart 21" zum populärsten Schlichtungsverfahren. Als etabliert gilt auch die tarifvertragliche Schlichtung. Sogenannte Schlichtungsstellen werden als Einrichtungen der Kammern, Verbände und Vereine vorgehalten. So unterhält fast jede Landesärztekammer und Landeszahnärztekammer eine Schlichtungsstelle für Arzt- und Zahnarzthaftpflichtfragen. Als Schlichtungsstellen gelten auch die Kundenbeschwerdestellen der Banken. Im Perso-

nenverkehr ist die „Schlichtungsstelle für den öffentlichen Personenverkehr“ Ansprechpartner. Es gibt Schlichtungsstellen für das Kraftfahrzeuggewerbe, Telefondienste, Reisen, Internet-shopbetreiber, sowie etwa die Energie und die Clearingstelle EEG (für erneuerbare Energien).

Gütestellen

[1257] Gütestellen gehen auf § 15 a Abs. 3 EGZPO zurück. Die Vorschrift besagt: „Durch Landesgesetz kann bestimmt werden, dass die Erhebung der Klage erst zulässig ist, nachdem von einer durch die Landesjustizverwaltung eingerichteten oder anerkannten Gütestelle versucht worden ist, die Streitigkeit einvernehmlich beizulegen“. Von dieser Ermächtigung wurde Gebrauch gemacht in Baden-Württemberg, Bayern, Brandenburg, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Saarland, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein und Rheinland-Pfalz¹⁰⁶¹. Landesrechtlich anerkannte Gütestellen sind insofern privilegiert, als die vor ihnen abgeschlossenen Vergleiche als solche im Sinne des § 794 Abs. 1 Nr. 1 der Zivilprozessordnung gelten, mithin vollstreckbar sind.

[1258] Die landesrechtlichen Vorschriften befassen sich nicht nur mit der Errichtung der Gütestellen, sondern mitunter auch mit deren Verfahren. So schreibt beispielsweise das hessische Gütestellengesetz die Vorhaltung einer Schlichtungsordnung mit zwingenden Inhalten und eine Haftpflichtversicherung vor.

¹⁰⁶¹ Wittschier; EGZPO § 15a, in Musielak, ZPO

[1259] Das Erfordernis eines Einigungsversuchs vor einer von der Landesjustizverwaltung eingerichteten oder anerkannten Gütestelle entfällt nach § 15a Abs. 3 EGZPO, wenn die Parteien einvernehmlich einen Einigungsversuch vor einer sonstigen Gütestelle unternommen haben, die Streitbelegungen betreibt. Als sonstige Gütestelle kommen alle staatlichen als auch nichtstaatlichen Stellen in Betracht, wenn sie die Streitbeilegung als eine auf Dauer eingerichtete Tätigkeit betreiben¹⁰⁶². Mithin sind Mediatoren eine sonstige Gütestelle im Sinne dieser Vorschrift.

Ombudsmann

[1260] Die Funktion und die Kompetenzen eines Ombudsmanns werden oft missverstanden und fälschlicherweise in die Nähe eines Mediators gerückt.

Definition Ombudsmann

[1261] Der im Deutschen verwendete Begriff des Ombudsmanns stammt aus dem Schwedischen, wo der „ombudsman“ eine natürliche Person bezeichnet, welche die Interessen von Bürgern wie ein Treuhänder gegenüber Behörden sowie sonstigen staatlichen Institutionen wahrnimmt¹⁰⁶³.

[1262] Tatsächlich handelt es sich bei einem Ombudsmann nach der in der Bundesrepublik Deutschland in der Praxis üblichen Verwendung um eine außergerichtliche, aber behörden- oder organisationsinterne, Streitschlichtungsstelle, die nach einem festgelegten Verfahrensablauf schriftlich entwe-

¹⁰⁶² Gruber; EGZPO § 15 a, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Rn 32-34

¹⁰⁶³ Duden (Ombudsmann)

der einen für beide Parteien unverbindlichen Vorschlag zur Streitschlichtung ausarbeitet oder aber einen Vorschlag, der nur für die Behörde oder Organisation einseitig bindend ist.

[1263] Es gibt bisher keine gesetzliche Grundlage, die ein Ombudsmannverfahren zwingend oder als Option den Parteien vorschreibt. Hieraus ergibt sich in der Praxis eine sehr große Bandbreite an Verfahren, die als Ombudsmann bezeichnet werden. Die eventuell vorhandene interne Bindungswirkung hängt von der jeweiligen Ausgestaltung des Regelungswerks durch die Behörde oder private Organisation ab.¹⁰⁶⁴

[1264] Rechtlich lässt sich ein Ombudsmannverfahren als eine Art Vertrag zugunsten Dritter i.S.d. § 328 BGB qualifizieren, wobei die externe Person (Beschwerdeführer / Verbraucher) der Begünstigte ist. Somit ist also ein Ombudsmann in der Regel gar keine einzelne natürliche Person, wie etwa ein Mediator, sondern vielmehr eine Organisationseinheit. Im Gegensatz zu einer Mediation ist bei einem Ombudsmannverfahren zudem grundsätzlich keine mündliche Verhandlung vorgesehen; vielmehr handelt es sich um ein rein schriftliches Verfahren.

[1265] Exemplarisch für andere „Anbieter“¹⁰⁶⁵ sei hier auf das Ombudsmannverfahren des Bundesverbandes deutscher

¹⁰⁶⁴ Siehe „Bafin (Ombudsleute) § 11 Abs. 1 S. 1 Verfahrensordnung des Versicherungsombudsmanns vom 18.11.2010 (VomVO) sieht beispielsweise vor, dass nur der Beschwerdegegner an die Entscheidung des Ombudsmann gebunden ist; dagegen schreibt Nr. 4 Abs. 5 (a) der Verfahrensordnung des Ombudsmanns der deutschen Banken (Bankenverband) für eine einseitige Bindung der Bank nur bis EUR 5.000,00 vor.

¹⁰⁶⁵ Es gibt etwa Ombudsleute für private Versicherungen, Krankenversicherungen und sogar der Schufa, s. Übersicht bei www.bafin.de/DE/Verbraucher/BeschwerdenAnsprechpartner/Ombudsleute/ombudsleute_artikel.html

Banken (Bankenverband) hingewiesen, das nach seiner Statistik im Tätigkeitsbericht von 2011 überaus erfolgreich insbesondere Streitigkeiten zwischen Banken und ihren Kunden schlichtet.¹⁰⁶⁶

Abgrenzung

[1266] Drei Aspekte, die für ein Ombudsmannverfahren kennzeichnend sind und es von der Mediation unterscheiden, sollen im Folgenden kurz erwähnt werden:

- **Freiwilligkeit:** Kennzeichnend für das Ombudsmannverfahren ist, dass sich die externe Partei, in der Regel ein Verbraucher, durch eine schriftliche Beschwerde freiwillig an dieser außergerichtlichen Streitbeilegung beteiligen kann. Allerdings ist dies, im Gegensatz zur Mediation, für die andere Partei zwingend, weil sie sich, etwa als Bank, gegenüber der Ombudsstelle vertraglich gebunden hat, sich an dem Verfahren zu beteiligen und eine schriftliche Stellungnahme abzugeben, sobald die Beschwerde eingereicht wurde.
- **Kosten:** Das Ombudsmannverfahren verursacht beim Anspruchsteller keine zusätzlichen Verfahrenskosten, allerdings muss er seine eigenen etwaigen Kosten (z.B. Porto, Telefonate) sowie Rechtsverfolgungskosten (z.B. durch Einschaltung eines Rechtsanwalts) selbst tragen. Es ist für die externe Partei daher dennoch eine kostengünstige Option, zunächst ein Ombudsmannverfahren zu beschreiten, um sodann bei einem

¹⁰⁶⁶ Der Tätigkeitsbericht für 2011 sowie die Verfahrensordnung des Ombudsmanns der privaten Banken Stand: Dezember 2012 sind zu finden unter www.bankenombudsmann.de (zuletzt aufgerufen am 26.03.2013)

ungünstigen Ausgang immer noch den Weg zu den ordentlichen Gerichten zu haben.

- **Verjährung:** Ein Ombudsmannverfahren berührt die laufenden Verjährungsfristen nach bürgerlichem Recht nicht. Somit tritt grundsätzlich weder Hemmung noch Unterbrechung der Verjährung ein, wenn sich der Anspruchsteller auf dieses Verfahren einlässt. Denn das Ombudsmannverfahren lässt sich nicht als eine verjährungshemmende Verhandlung im Sinne von § 203 Abs. 1 BGB einordnen, weil die Parteien sich hiermit nicht auf einen ernsthaften Meinungsaustausch über das Bestehen oder Nichtbestehen einer Forderung¹⁰⁶⁷ einlassen, sondern der Ombudsmann mit einem schriftlichen Vorschlag das Verfahren abschließt. Folglich ist es für den Anspruchsteller risikohaft, wenn er sich auf das Ombudsmannverfahren einlässt, sofern aufgrund Zeitablaufs die Verjährung seines angeblichen Anspruchs droht. Einige Verfahrensordnungen sehen allerdings ausdrücklich vor, dass während der Dauer des gesamten Verfahrens Ansprüche des Beschwerdeführers gegen den Beschwerdegegner als gehemmt gelten¹⁰⁶⁸.

[1267] Insgesamt ist zu betonen, dass es in der Bundesrepublik Deutschland keine einheitliche Ausgestaltung des Ombudsmannverfahrens gibt und erhebliche rechtliche und praktische Unterschiede zu einem Mediationsverfahren bestehen

¹⁰⁶⁷ S. zur Definition von verjährungshemmenden Verhandlungen nach § 203 Abs. 1 BGB BGH, Beschluss vom 07.07.2011, Az. IX ZR 100/08.

¹⁰⁶⁸ S. für das Versicherungswesen § 12 Abs. 1 VomVO sowie für den Bundesverband deutscher Banken in Nr. 6 Abs. 1 der Verfahrensordnung.

Schlusswort des Herausgebers

Der Buchtitel *Mediation (un)geregelt* sollte den Umstand verdeutlichen, dass mit der Mediation ein autonomes Verfahren reglementiert wird. Die Auseinandersetzung mit dem Mediationsrecht bescherte dem Buchtitel indes eine weitere Assoziation. *Geregelt* bedeutet nämlich auch geordnet. Ungeregelt ist ungeordnet. Ordnen heißt systematisieren, übersichtlich zusammenfassen. Genau das hat das Gesetz zwar nicht geleistet, aber ermöglicht.

Viele der rechtsdogmatisch durchaus schwierig zu lösenden Fragen haben eher eine theoretische Bedeutung. Sie werden sich in der Praxis kaum auswirken. Sie können aber dazu beitragen, sich mit der Mediation mehr als mit dem Beruf auseinanderzusetzen und die Mediation besser zu begreifen. In einem zweiten Schritt mag daraus ein Berufsbild entstehen. Es wäre schade, wenn das Gesetz Auseinandersetzungen über das, was Mediation ist, mit dem Argument verhindert, die noch immer offenen Fragen seien doch jetzt mit dem Gesetz alle gelöst. Mediatoren wissen, dass eine Regel nicht immer mit einer nachhaltigen Lösung gleichzusetzen ist. Die Mediation besitzt ein unendliches Potenzial. Der Blick auf den Beruf ist nur *ein* Aspekt. Das sollte nicht aus den Augen verloren gehen.

Ob das Gesetz zu einer *Stärkung* der Mediation führen kann, muss sich zeigen. Die Beantwortung der Frage hängt ganz wesentlich davon ab, *wie* die Mediation gesehen wird und *was* unter Stärkung überhaupt zu verstehen ist.

Stark ist, was stimmig ist. Die juristische Durchdringung erfordert die Einordnung der Mediation in ein System, dessen Kompatibilität erst noch zu definieren ist. Die Vielschichtigkeit und Komplexität der Mediation macht diesen Prozess möglich, aber nicht gerade einfach. Erst die Zusammenführung aller Regeln des Mediationsrechts in *Mediation (un)geregelt* konnte systemische wie operative Unstimmigkeiten nachweisen. Den Autoren fiel auf, wie sich das Verständnis der Mediation über sprachliche Adaptionen verändert. Auch der Versuch, ein psychologisch herzleitendes Verfahren juristisch zu definieren, gibt Anlass für Interferenzen. Die Terminologie der Mediation ist *keine* juristische. Versuche, sie in eine juristische Matrix zu überführen gelingen, wenn sie sich einer transdisziplinären Auseinandersetzung stellen. Auch wurde deutlich, dass die Suche nach einfachen Maßstäben die Bildung von irreführenden Dogmen erleichtert. Den Autoren fielen systemische Einbrüche auf. Sie verhindern ein einheitliches Bild der Mediation und begünstigen Diversifikationen. Die Mediation sollte auch damit umgehen können. Für die Autoren bedeutete die Arbeit am Kommentar jedenfalls einen großen Erkenntnisgewinn.

Das konsequente Aufzeigen der möglichen Mediationsfehler sollte zeigen, welche Gefahren mit der juristischen Durchdringung der Mediation verbunden sind. Die zu ihrem Schutz für erforderlich gehaltene Reglementierung könnte sich in Details verlieren, die eher verunsichern als stabilisieren. Sie könnte sich in den Vordergrund drängeln, dass sowohl der Mensch als auch die Mediation aus dem Blick geraten. Die Mediation ist kein „neues Recht zur Einigung“¹⁰⁶⁹. Wenn die

¹⁰⁶⁹ Titel auf dem Umschlag des Kommentars von Greger/Unberath

Mediation im Verständnis des Gesetzes zu einem Synonym für Einigung wird, dann verkürzt sie das Einig Sein. Wenn das Gesetz den Eindruck hinterlässt, es müsse ein *Recht* zur Einigung begründen, dann ignoriert es die Tradition. Wäre es nicht treffender von "neuen *Pflichten* bei der Einigung" zu sprechen? Die Mediation beschreibt einen Weg, wie man sich - selbst in ausweglos erscheinenden Situationen - noch einig werden kann. Wenn die Einigung als ein erlaubnispflichtiger Vorgang verstanden und von Voraussetzungen abhängig gemacht wird, dann mag dies zur Verbesserung der *Streitkultur* beitragen. Ist es aber nicht die *Friedenskultur* die gestärkt werden sollte; oder die Kultur des Umgangs mit Konflikten, die in jedem menschlichen Zusammenleben auftreten, deswegen aber nicht zwingend zu Streit führen müssen? Die Befassung mit dem Mediationsrecht führt zu Widersprüchen und Paradoxien. Schon der Versuch, ein autonomes Verfahren zu regeln ist paradox. Obwohl - oder vielleicht gerade weil - die Mediation selbst paradox ist, liegt ihre Stärke in der Fähigkeit zur Auseinandersetzung und zum Umgang mit Widersprüchen. Jeder, der die bewusste Auseinandersetzung mit und über die Mediation ermöglicht, stärkt die Mediation. Den Autoren war es ein Anliegen mit ihren Beiträgen zur Stärkung beizutragen.



Arthur Trossen, Altenkirchen, 31.5.2014

VII

Anhang

Der Anhang enthält die wichtigsten Quellen und Zusammenstellungen, Indices und Autorenhinweise.

Ergänzende Hinweise und Kommentierungen

Ergänzende Hinweise und Kommentierungen, die aufgrund gesetzlicher Neuerungen oder durch eine veränderte Rechtsprechung erforderlich werden, nicht bis zur nächsten Auflage warten können und erst nach Redaktionsschluss bekannt geworden sind, finden Sie auf der Web-Seite des Verlages unter „Mediation (*un*)geregelt“. Dort haben Sie auch die Möglichkeit, **eigene Stellungnahmen, Kommentare und ein Feedback** einzugeben, über das wir uns sehr freuen.

www.win-management.de

Systematische Mediationsübersicht

Diese Übersicht veranschaulicht die Systematik im Kapitel „Verortung“ [57]. Lediglich die Spalte „sonstige Implementationen“ [61] wurde ausgelassen. Die Auflistung ist nicht enumerativ.

Mediation

Mediationsradius

Formell

Materiell

Mediationsmodell	Evaluativ	
	Facilitativ	
	Transformativ	
	in-Mediation (integrierend)	
	Sondierend	
Mediationsform	Rein	
	Gesetzlich	
	Forensisch	
	Einzel	
	Co	
	Team	
	Peer	
	Gerichtsmediation	
	Gerichtsnah	
	Gerichtsintern	
		Gerichtsintegriert
		Verfahrensintegriert
	Täter- Opferausgl.	
		Restorative Justice
	Mediationsfeld	Donatormediation
Mandatory		
Ad-hoc		
Institutionalisierte		
Shuttle		
Telefonische S.		
Telefonmediation		
Online Mediation		
Mobile Mediation		
Kurzmediation		
Praktische		
Familie		
Rechtsnachfolge		
Finanz / Kredit		
Öff. Bereich		
Bau		
Nachbarschaft		
Schule		
Umwelt		
Wirtschaft		
Verbraucher		
Mediationsstil	Narrativ	

Perspektiven-Refl.
Scrivener
Aktiv
Direktiv
Ergebnisorientiert
Führend
Stoisch
Muscle

Rechtsquellenverzeichnis

Internationales Recht

1. EU-Mediationsrichtlinie
Richtlinie 2008/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2008 über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen.
2. EU-Dienstleistungsrichtlinie
Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt vom 12. Dezember 2006 (2006/123/EG).
3. ODR-Verordnung
Verordnung (EU) Nr. 524/2013 des Europäischen Parlaments und Rates vom 21. Mai 2013 über die Online-Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten
4. ADR-Richtlinie
Richtlinie 2013/11/EU des Europäischen Parlaments und Rates vom 21. Mai 2013 über die alternative Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten
5. Rom I
Verordnung (EG) Nr. 593/2008 vom 17.06.2008 über das auf („internationale“) vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht.

6. Rom II
Verordnung (EG) Nr. 864/2007 vom 11.07.2007 über das auf außervertragliche („internationale“) Schuldverhältnisse anwendbare Recht.
7. Brüssel I
Verordnung (EG) Nr. 44/2001 vom 22.12.2000 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen.

Internationale Standards

1. UNICITRAL Model Law
on International Commercial Arbitration
(United Nations document A140117, annex I)

Nationales Recht

1. Grundgesetz (GG)
vom 23. Mai 1949 (BGBl. S. 1), zuletzt geändert durch das Gesetz vom 11. Juli 2012 (BGBl. I S. 1478)
2. Mediationsgesetz (MediationsG)
vom 21. Juli 2012 (BGBl. I S. 1577)"
3. ZMediatAusv-Entwurf: Verordnungsentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, Verordnung über die Aus- und Fortbildung von zertifizierten Mediatoren, Bearbeitungsstand 31.1.2014
4. Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)
in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 22. Juli 2014 (BGBl. I S. 1218).

5. EGBGB Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche in der Fassung der Bekanntmachung vom 21. September 1994 (BGBl. I S. 2494; 1997 I S. 1061), zuletzt geändert durch Gesetz vom 27. Juli 2011
6. Berufsrechtliche Sonderregelungen

Standards

7. Siehe die Standards der Verbände
8. Mediationsordnungen / AGB's

Vereinbarungen

9. MV (Mediationsvertrag)
10. MDV (Mediationsdurchführungsvereinbarung)
11. MA (Mediationsabsprache)

Mediationsgesetz

Das MediationsG ist nur der 1. Artikel des Mediationsförderungsgesetzes. Weitere Artikel betreffen die Änderung von Verfahrensvorschriften, wie das FamFG, das ArbGG usw. Das Gesetz wurde am 21. Juli 2012 erlassen. Hier der Wortlaut¹⁰⁷⁰. Zu Ihrer Erleichterung geänderte Paragraphen teilweise vollständig aufgeführt

Mediationsgesetz

§ 1 Begriffsbestimmungen

(1) Mediation ist ein vertrauliches und strukturiertes Verfahren, bei dem Parteien mit Hilfe eines oder mehrerer Mediatoren freiwillig und eigenverantwortlich eine einvernehmliche Beilegung ihres Konflikts anstreben.

¹⁰⁷⁰ Originalfassung siehe http://www.bgbl.de/Xaver/text.xav?bk=Bundesanzeiger_BGBL&start=%2F%2F*%5B%40attr_id%3D'bgbl112s1577.pdf%5D&wc=1&skin=WC dl: 1.9.2012

(2) Ein Mediator ist eine unabhängige und neutrale Person ohne Entscheidungsbefugnis, die die Parteien durch die Mediation führt.

§ 2 Verfahren; Aufgaben des Mediators

(1) Die Parteien wählen den Mediator aus.

(2) Der Mediator vergewissert sich, dass die Parteien die Grundsätze und den Ablauf des Mediationsverfahrens verstanden haben und freiwillig an der Mediation teilnehmen.

(3) Der Mediator ist allen Parteien gleichermaßen verpflichtet. Er fördert die Kommunikation der Parteien und gewährleistet, dass die Parteien in angemessener und fairer Weise in die Mediation eingebunden sind. Er kann im allseitigen Einverständnis getrennte Gespräche mit den Parteien führen.

(4) Dritte können nur mit Zustimmung aller Parteien in die Mediation einbezogen werden.

(5) Die Parteien können die Mediation jederzeit beenden. Der Mediator kann die Mediation beenden, insbesondere wenn er der Auffassung ist, dass eine eigenverantwortliche Kommunikation oder eine Einigung der Parteien nicht zu erwarten ist.

(6) Der Mediator wirkt 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 fachliche Beratung an der Mediation teilnehmen, auf die Möglichkeit hinzuweisen, die Vereinbarung bei Bedarf durch externe Berater überprüfen zu lassen. Mit Zustimmung der Parteien kann die erzielte Einigung in einer Abschlussvereinbarung dokumentiert werden.

§ 3 Offenbarungspflichten; Tätigkeitsbeschränkungen

(1) Der Mediator hat den Parteien alle Umstände offenzulegen, die seine Unabhängigkeit und Neutralität beeinträchtigen können. Er darf bei Vorliegen solcher Umstände nur als Mediator tätig werden, wenn die Parteien dem ausdrücklich zustimmen.

(2) Als Mediator darf nicht tätig werden, wer vor der Mediation in derselben Sache für eine Partei tätig gewesen ist. Der Mediator darf auch nicht während oder nach der Mediation für eine Partei in derselben Sache tätig werden.

(3) Eine Person darf nicht als Mediator tätig werden, wenn eine mit ihr in derselben Berufsausübungs- oder Bürogemeinschaft verbundene andere Person vor der Mediation in derselben Sache für eine Partei tätig gewesen ist. Eine solche andere Person darf auch nicht während oder nach der Mediation für eine Partei in derselben Sache tätig werden.

(4) Die Beschränkungen des Absatzes 3 gelten nicht, wenn sich die betroffenen Parteien im Einzelfall nach umfassender Information damit einverstanden erklärt haben und Belange der Rechtspflege dem nicht entgegenstehen.

(5) Der Mediator ist verpflichtet, die Parteien auf deren Verlangen über seinen fachlichen Hintergrund, seine Ausbildung und seine Erfahrung auf dem Gebiet der Mediation zu informieren.

§ 4 Verschwiegenheitspflicht

Der Mediator und die in die Durchführung des Mediationsverfahrens eingebundenen Personen sind zur Verschwiegenheit verpflichtet, soweit gesetzlich nichts anderes geregelt ist. Diese Pflicht bezieht sich auf alles, was ihnen in Ausübung ihrer Tätigkeit bekannt geworden ist. Ungeachtet anderer gesetzlicher Regelungen über die Verschwiegenheitspflicht gilt sie nicht, soweit

1. die Offenlegung des Inhalts der im Mediationsverfahren erzielten Vereinbarung zur Umsetzung oder Vollstreckung dieser Vereinbarung erforderlich ist,
2. die Offenlegung aus vorrangigen Gründen der öffentlichen Ordnung (*ordre public*) geboten ist, insbesondere um eine Gefährdung des Wohles eines Kindes oder eine schwerwiegende Beeinträchtigung der physischen oder psychischen Integrität einer Person abzuwenden, oder
3. es sich um Tatsachen handelt, die offenkundig sind oder ihrer Bedeutung nach keiner Geheimhaltung bedürfen.

Der Mediator hat die Parteien über den Umfang seiner Verschwiegenheitspflicht zu informieren.

§ 5 Aus- und Fortbildung des Mediators; zertifizierter Mediator

(1) Der Mediator stellt in eigener Verantwortung durch eine geeignete Ausbildung und eine regelmäßige Fortbildung sicher, dass er über theoretische Kenntnisse sowie praktische Erfahrungen verfügt, um die Parteien in sachkundiger Weise durch die Mediation führen zu können. Eine geeignete Ausbildung soll insbesondere vermitteln:

- 1 Kenntnisse über Grundlagen der Mediation sowie deren Ablauf und Rahmenbedingungen,
- 2 Verhandlungs- und Kommunikationstechniken,
- 3 Konfliktkompetenz,
- 4 Kenntnisse über das Recht der Mediation sowie über die Rolle des Rechts in der Mediation sowie
- 5 praktische Übungen, Rollenspiele und Supervision.

(2) Als zertifizierter Mediator darf sich bezeichnen, wer eine Ausbildung zum Mediator abgeschlossen hat, die den Anforderungen der Rechtsverordnung nach § 6 entspricht.

(3) Der zertifizierte Mediator hat sich entsprechend den Anforderungen der Rechtsverordnung nach § 6 fortzubilden.

§ 6 Verordnungsermächtigung

Das Bundesministerium der Justiz wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates nähere Bestimmungen über die Ausbildung zum zertifizierten Mediator und über die Fortbildung des zertifizierten Mediators sowie Anforderungen an Aus- und Fortbildungseinrichtungen zu erlassen. In der Rechtsverordnung nach Satz 1 können insbesondere festgelegt werden:

- nähere Bestimmungen über die Inhalte der Ausbildung, wobei eine Ausbildung zum zertifizierten Mediator die in § 5 Absatz 1 Satz 2 aufgeführten Ausbildungsinhalte zu vermitteln hat, und über die erforderliche Praxiserfahrung;
- nähere Bestimmungen über die Inhalte der Fortbildung;
- Mindeststundenzahlen für die Aus- und Fortbildung;
- zeitliche Abstände, in denen eine Fortbildung zu erfolgen hat;
- Anforderungen an die in den Aus- und Fortbildungseinrichtungen eingesetzten Lehrkräfte;
- Bestimmungen darüber, dass und in welcher Weise eine Aus- und Fortbildungseinrichtung die Teilnahme an einer Aus- und Fortbildungsveranstaltung zu zertifizieren hat;
- Regelungen über den Abschluss der Ausbildung;
- Übergangsbestimmungen für Personen, die bereits vor Inkrafttreten dieses Gesetzes als Mediatoren tätig sind.

§ 7 Wissenschaftliche Forschungsvorhaben; finanzielle Förderung der Mediation

(1) Bund und Länder können wissenschaftliche Forschungsvorhaben vereinbaren, um die Folgen einer finanziellen Förderung der Mediation für die Länder zu ermitteln.

(2) Die Förderung kann im Rahmen der Forschungsvorhaben auf Antrag einer rechtsuchenden Person bewilligt werden, wenn diese nach ihren persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen die Kosten einer Mediation nicht, nur zum Teil oder nur in Raten aufbringen kann und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht mutwillig erscheint. Über den Antrag entscheidet das für das Verfahren zuständige Gericht, sofern an diesem Gericht ein Forschungsvorhaben durchgeführt wird. Die Entschei-

dung ist unanfechtbar. Die Einzelheiten regeln die nach Absatz 1 zustande gekommenen Vereinbarungen zwischen Bund und Ländern.

(3) Die Bundesregierung unterrichtet den Deutschen Bundestag nach Abschluss der wissenschaftlichen Forschungsvorhaben über die gesammelten Erfahrungen und die gewonnenen Erkenntnisse.

§ 8 Evaluierung

(1) Die Bundesregierung berichtet dem Deutschen Bundestag bis zum 26. Juli 2017, auch unter Berücksichtigung der kostenrechtlichen Länderöffnungsklauseln über die Auswirkungen dieses Gesetzes auf die Entwicklung der Mediation in Deutschland und über die Situation der Aus- und Fortbildung der Mediatoren. In dem Bericht ist insbesondere zu untersuchen und zu bewerten, ob aus Gründen der Qualitätssicherung und des Verbraucherschutzes weitere gesetzgeberische Maßnahmen auf dem Gebiet der Aus- und Fortbildung von Mediatoren notwendig sind.

(2) Sofern sich aus dem Bericht die Notwendigkeit gesetzgeberischer Maßnahmen ergibt, soll die Bundesregierung diese vorschlagen.

§ 9 Übergangsbestimmung

(1) Die gerichtsinterne Mediation in Zivilsachen durch einen nicht entscheidungsbefugten Richter während eines Gerichtsverfahrens, die vor dem 26. Juli 2012 an einem Gericht angeboten wird, kann unter Fortführung der bisher verwendeten Bezeichnung (gerichtlicher Mediator) bis zum 1. August 2013 weiterhin durchgeführt werden.

(2) Absatz 1 gilt entsprechend für die Mediation in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, der Sozialgerichtsbarkeit, der Finanzgerichtsbarkeit und der Arbeitsgerichtsbarkeit.

Zivilprozessordnung (geänderte Paragraphen)

§ 41 Ausschluss von der Ausübung des Richteramtes

Ein Richter ist von der Ausübung des Richteramtes kraft Gesetzes ausgeschlossen:

1 – 6 ...

7. in Sachen, in denen er an einem Mediationsverfahren oder einem anderen Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung mitgewirkt hat.

§ 159 Protokollaufnahme

(1) ...

(2) Absatz 1 gilt entsprechend für Verhandlungen, die außerhalb der Sitzung vor Richtern beim Amtsgericht oder vor beauftragten oder ersuchten Richtern stattfinden. Ein Protokoll über eine Güteverhandlung oder weitere Güteversuche vor einem Güterichter nach § 278 Absatz 5 wird nur auf übereinstimmenden Antrag der Parteien aufgenommen.“

§ 253 Klageschrift

(1)–(2)

(3) Die Klageschrift soll ferner enthalten: 1. die Angabe, ob der Klageerhebung der Versuch einer Mediation oder eines anderen Verfahrens der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vorausgegangen ist, sowie eine Äußerung dazu, ob einem solchen Verfahren Gründe entgegenstehen; 2. die Angabe des Wertes des Streitgegenstandes, wenn hiervon die Zuständigkeit des Gerichts abhängt und der Streitgegenstand nicht in einer bestimmten Geldsumme besteht; 3. eine Äußerung dazu, ob einer Entscheidung der Sache durch den Einzelrichter Gründe entgegenstehen.“

§ 278 Gültliche Streitbeilegung, Güteverhandlung, Vergleich

(1)–(4)

(5) Das Gericht kann die Parteien für die Güteverhandlung sowie für weitere Güteversuche vor einen hierfür bestimmten und nicht entscheidungsbehafteten Richter (Güterichter) verweisen. Der Güterichter kann alle Methoden der Konfliktbeilegung einschließlich der Mediation einsetzen.“

§ 278a Mediation, außergerichtliche Konfliktbeilegung

(1) Das Gericht kann den Parteien eine Mediation oder ein anderes Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vorschlagen.

(2) Entscheiden sich die Parteien zur Durchführung einer Mediation oder eines anderen Verfahrens der außergerichtlichen Konfliktbeilegung, ordnet das Gericht das Ruhen des Verfahrens an.“

Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit

§ 23 Verfahrenseinleitender Antrag

(1) Ein verfahrenseinleitender Antrag soll begründet werden. In dem Antrag sollen die zur Begründung dienenden Tatsachen und Beweismittel angegeben sowie die Personen benannt werden, die als Beteiligte in Betracht kommen. Urkunden, auf die Bezug genommen wird, sollen in Urschrift oder Abschrift beigefügt werden. Der Antrag soll in geeigneten Fällen die Angabe enthalten, ob der Antragstellung der Versuch einer Mediation oder eines anderen Verfahrens der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vorausge-

gangen ist sowie eine Äußerung dazu, ob einem solchen Verfahren Gründe entgegenstehen. Der Antrag soll von dem Antragsteller oder seinem Bevollmächtigten unterschrieben werden.

§ 28 Verfahrensleitung

(1)

(4) Über Termine und persönliche Anhörungen hat das Gericht einen Vermerk zu fertigen; für die Niederschrift des Vermerks kann ein Urkundsbeamter der Geschäftsstelle hinzugezogen werden, wenn dies auf Grund des zu erwartenden Umfangs des Vermerks, in Anbetracht der Schwierigkeit der Sache oder aus einem sonstigen wichtigen Grund erforderlich ist. In den Vermerk sind die wesentlichen Vorgänge des Termins und der persönlichen Anhörung aufzunehmen. Über den Versuch einer gütlichen Einigung vor einem ersuchten Richter wird ein Vermerk nur angefertigt, wenn alle Beteiligten sich einverstanden erklären. Die Herstellung durch Aufzeichnung auf Datenträger in der Form des § 14 Abs. 3 ist möglich.

§ 36 Vergleich

(1)

(5) Das Gericht kann die Beteiligten für den Versuch einer gütlichen Einigung vor einen hierfür bestimmten und nicht entscheidungsbefugten Richter (Güterichter) verweisen. Der Güterichter kann alle Methoden der Konfliktbeilegung einschließlich der Mediation einsetzen."

§ 36a Mediation, außergerichtliche Konfliktbeilegung

(1) Das Gericht kann einzelnen oder allen Beteiligten eine Mediation oder ein anderes Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vorschlagen. In Gewaltschutzsachen sind die schutzwürdigen Belange der von Gewalt betroffenen Person zu wahren.

(2) Entscheiden sich die Beteiligten zur Durchführung einer gerichtsnahen oder gerichtsinternen Mediation oder eines anderen Verfahrens der außergerichtlichen Konfliktbeilegung, setzt das Gericht das Verfahren aus.

(3) Gerichtliche Anordnungs- und Genehmigungsvorbehalte bleiben von der Durchführung einer Mediation oder eines anderen Verfahrens der außergerichtlichen Konfliktbeilegung unberührt.

§ 81 Grundsatz der Kostenpflicht

Das Gericht kann die Kosten des Verfahrens nach billigem Ermessen den Beteiligten ganz oder zum Teil auferlegen. Es kann auch anordnen, dass von der Erhebung der Kosten abzusehen ist. In Familiensachen ist stets über die Kosten zu entscheiden.

(2) Das Gericht soll die Kosten des Verfahrens ganz oder teilweise einem Beteiligten auferlegen, wenn

1. der Beteiligte durch grobes Verschulden Anlass für das Verfahren gegeben hat;
2. der Antrag des Beteiligten von vornherein keine Aussicht auf Erfolg hatte und der Beteiligte dies erkennen musste;
3. der Beteiligte zu einer wesentlichen Tatsache schuldhaft unwahre Angaben gemacht hat;
4. der Beteiligte durch schuldhaftes Verletzen seiner Mitwirkungspflichten das Verfahren erheblich verzögert hat;
5. der Beteiligte einer richterlichen Anordnung zur Teilnahme an einem kostenfreien Informationsgespräch über Mediation oder über eine sonstige Möglichkeit der außergerichtlichen Konfliktbeilegung nach § 156 Absatz 1 Satz 3 oder einer richterlichen Anordnung zur Teilnahme an einer Beratung nach § 156 Absatz 1 Satz 4 nicht nachgekommen ist, sofern der Beteiligte dies nicht genügend entschuldigt hat.“

§ 135 Außergerichtliche Konfliktbeilegung über Folgesachen

Das Gericht kann anordnen, dass die Ehegatten einzeln oder gemeinsam an einem kostenfreien Informationsgespräch über Mediation oder eine sonstige Möglichkeit der außergerichtlichen Konfliktbeilegung anhängiger Folgesachen bei einer von dem Gericht benannten Person oder Stelle teilnehmen und eine Bestätigung hierüber vorlegen. Die Anordnung ist nicht selbständig anfechtbar und nicht mit Zwangsmitteln durchsetzbar.

§ 150 Kosten in Scheidungssachen und Folgesachen

- (1) Wird die Scheidung der Ehe ausgesprochen, sind die Kosten der Scheidungssache und der Folgesachen gegeneinander aufzuheben.
- (2) Wird der Scheidungsantrag abgewiesen oder zurückgenommen, trägt der Antragsteller die Kosten der Scheidungssache und der Folgesachen. Werden Scheidungsanträge beider Ehegatten zurückgenommen oder abgewiesen oder ist das Verfahren in der Hauptsache erledigt, sind die Kosten der Scheidungssache und der Folgesachen gegeneinander aufzuheben.
- (3) Sind in einer Folgesache, die nicht nach § 140 Abs. 1 abzutrennen ist, außer den Ehegatten weitere Beteiligte vorhanden, tragen diese ihre außergerichtlichen Kosten selbst.
- (4) Erscheint in den Fällen der Absätze 1 bis 3 die Kostenverteilung insbesondere im Hinblick auf eine Versöhnung der Ehegatten oder auf das Ergebnis einer als Folgesache geführten Unterhaltssache oder Güterrechtssa-

che als unbillig, kann das Gericht die Kosten nach billigem Ermessen anderweitig verteilen. Es kann dabei auch berücksichtigen, ob ein Beteiligter einer richterlichen Anordnung zur Teilnahme an einem Informationsgespräch nach § 135 nicht nachgekommen ist, sofern der Beteiligte dies nicht genügend entschuldigt hat. Haben die Beteiligten eine Vereinbarung über die Kosten getroffen, soll das Gericht sie ganz oder teilweise der Entscheidung zugrunde legen.

§ 155 Vorrang- und Beschleunigungsgebot

(1) Kindschaftssachen, die den Aufenthalt des Kindes, das Umgangsrecht oder die Herausgabe des Kindes betreffen, sowie Verfahren wegen Gefährdung des Kindeswohls sind vorrangig und beschleunigt durchzuführen.

(2) Das Gericht erörtert in Verfahren nach Absatz 1 die Sache mit den Beteiligten in einem Termin. Der Termin soll spätestens einen Monat nach Beginn des Verfahrens stattfinden. Das Gericht hört in diesem Termin das Jugendamt an. Eine Verlegung des Termins ist nur aus zwingenden Gründen zulässig. Der Verlegungsgrund ist mit dem Verlegungsgesuch glaubhaft zu machen.

(4) Hat das Gericht ein Verfahren nach Absatz 1 zur Durchführung einer Mediation oder eines anderen Verfahrens der außergerichtlichen Konfliktbeilegung ausgesetzt, nimmt es das Verfahren in der Regel nach drei Monaten wieder auf, wenn die Beteiligten keine einvernehmliche Regelung erzielen.“

§ 156 Hinwirken auf Einvernehmen

(1) Das Gericht soll in Kindschaftssachen, die die elterliche Sorge bei Trennung und Scheidung, den Aufenthalt des Kindes, das Umgangsrecht oder die Herausgabe des Kindes betreffen, in jeder Lage des Verfahrens auf ein Einvernehmen der Beteiligten hinwirken, wenn dies dem Kindeswohl nicht widerspricht. Es weist auf Möglichkeiten der Beratung durch die Beratungsstellen und -dienste der Träger der Kinder- und Jugendhilfe insbesondere zur Entwicklung eines einvernehmlichen Konzepts für die Wahrnehmung der elterlichen Sorge und der elterlichen Verantwortung hin. Das Gericht kann anordnen, dass die Eltern einzeln oder gemeinsam an einem kostenfreien Informationsgespräch über Mediation oder über eine sonstige Möglichkeit der außergerichtlichen Konfliktbeilegung bei einer von dem Gericht benannten Person oder Stelle teilnehmen und eine Bestätigung hierüber vorlegen. Es kann ferner anordnen, dass die Eltern an einer Beratung nach Satz 2 teilnehmen. Die Anordnungen nach den Sätzen 3 und 4 sind nicht selbständig anfechtbar und nicht mit Zwangsmitteln durchsetzbar.

(2) Erzielen die Beteiligten Einvernehmen über den Umgang oder die Herausgabe des Kindes, ist die einvernehmliche Regelung als Vergleich aufzunehmen, wenn das Gericht diese billigt (gerichtlich gebilligter Vergleich). Das Gericht billigt die Umgangsregelung, wenn sie dem Kindeswohl nicht widerspricht.

(3) Kann in Kindschaftssachen, die den Aufenthalt des Kindes, das Umgangsrecht oder die Herausgabe des Kindes betreffen, eine einvernehmliche Regelung im Termin nach § 155 Abs. 2 nicht erreicht werden, hat das Gericht mit den Beteiligten und dem Jugendamt den Erlass einer einstweiligen Anordnung zu erörtern. Wird die Teilnahme an einer Beratung an einem kostenfreien Informationsgespräch über Mediation oder einer sonstigen Möglichkeit der außergerichtlichen Konfliktbeilegung oder eine schriftliche Begutachtung angeordnet, soll das Gericht in Kindschaftssachen, die das Umgangsrecht betreffen, den Umgang durch einstweilige Anordnung regeln oder ausschließen. Das Gericht soll das Kind vor dem Erlass einer einstweiligen Anordnung persönlich anhören.

Artikel 4 Änderung des Arbeitsgerichtsgesetzes

§ 54 Güteverfahren

(1) Die mündliche Verhandlung beginnt mit einer Verhandlung vor dem Vorsitzenden zum Zwecke der gütlichen Einigung der Parteien (Güteverhandlung). Der Vorsitzende hat zu diesem Zwecke das gesamte Streitverhältnis mit den Parteien unter freier Würdigung aller Umstände zu erörtern. Zur Aufklärung des Sachverhalts kann er alle Handlungen vornehmen, die sofort erfolgen können. Eidliche Vernehmungen sind jedoch ausgeschlossen. Der Vorsitzende kann die Güteverhandlung mit Zustimmung der Parteien in einem weiteren Termin, der alsbald stattzufinden hat, fortsetzen.

(2) Die Klage kann bis zum Stellen der Anträge ohne Einwilligung des Beklagten zurückgenommen werden. In der Güteverhandlung erklärte gerichtliche Geständnisse nach § 288 der Zivilprozeßordnung haben nur dann bindende Wirkung, wenn sie zu Protokoll erklärt worden sind. § 39 Satz 1 und § 282 Abs. 3 Satz 1 der Zivilprozeßordnung sind nicht anzuwenden.

(3) Das Ergebnis der Güteverhandlung, insbesondere der Abschluß eines Vergleichs, ist in die Niederschrift aufzunehmen.

(4) Erscheint eine Partei in der Güteverhandlung nicht oder ist die Güteverhandlung erfolglos, schließt sich die weitere Verhandlung unmittelbar an oder es ist, falls der weiteren Verhandlung Hinderungsgründe entgegenstehen, Termin zur streitigen Verhandlung zu bestimmen; diese hat alsbald stattzufinden.

(5) Erscheinen oder verhandeln beide Parteien in der Güteverhandlung nicht, ist das Ruhen des Verfahrens anzuordnen. Auf Antrag einer Partei ist Termin zur streitigen Verhandlung zu bestimmen. Dieser Antrag kann nur innerhalb von sechs Monaten nach der Güteverhandlung gestellt werden. Nach Ablauf der Frist ist § 269 Abs. 3 bis 5 der Zivilprozessordnung entsprechend anzuwenden.

(6) Der Vorsitzende kann die Parteien für die Güteverhandlung sowie deren Fortsetzung vor einen hierfür bestimmten und nicht entscheidungsbefugten Richter (Güterichter) verweisen. Der Güterichter kann alle Methoden der Konfliktbeilegung einschließlich der Mediation einsetzen."

§ 54a Mediation, außergerichtliche Konfliktbeilegung

(1) Das Gericht kann den Parteien eine Mediation oder ein anderes Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vorschlagen.

(2) Entscheiden sich die Parteien zur Durchführung einer Mediation oder eines anderen Verfahrens der außergerichtlichen Konfliktbeilegung, ordnet das Gericht das Ruhen des Verfahrens an. Auf Antrag einer Partei ist Termin zur mündlichen Verhandlung zu bestimmen. Im Übrigen nimmt das Gericht das Verfahren nach drei Monaten wieder auf, es sei denn, die Parteien legen übereinstimmend dar, dass eine Mediation oder eine außergerichtliche Konfliktbeilegung noch betrieben wird."

§ 55 Alleinentscheidung durch den Vorsitzenden

(1) Der Vorsitzende entscheidet außerhalb der streitigen Verhandlung allein

1. bei Zurücknahme der Klage;
2. bei Verzicht auf den geltend gemachten Anspruch;
3. bei Anerkenntnis des geltend gemachten Anspruchs;
4. bei Säumnis einer Partei;
- 4a. über die Verwerfung des Einspruchs gegen ein Versäumnisurteil oder einen Vollstreckungsbescheid als unzulässig;
5. bei Säumnis beider Parteien;
6. über die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung;
7. über die örtliche Zuständigkeit;
8. über die Aussetzung und Anordnung des Ruhens des Verfahrens;
9. wenn nur noch über die Kosten zu entscheiden ist;
10. bei Entscheidungen über eine Berichtigung des Tatbestandes, soweit nicht eine Partei eine mündliche Verhandlung hierüber beantragt;
11. im Fall des § 11 Abs. 3 über die Zurückweisung des Bevollmächtigten oder die Untersagung der weiteren Vertretung.

(2) Der Vorsitzende kann in den Fällen des Absatzes 1 Nr. 1, 3 und 4a bis 10 eine Entscheidung ohne mündliche Verhandlung treffen. Dies gilt mit Zustimmung der Parteien auch in dem Fall des Absatzes 1 Nr. 2.

(3) Der Vorsitzende entscheidet ferner allein, wenn in der Verhandlung, die sich unmittelbar an die Güteverhandlung anschließt, eine das Verfahren beendende Entscheidung ergehen kann und die Parteien übereinstimmend eine Entscheidung durch den Vorsitzenden beantragen; der Antrag ist in die Niederschrift aufzunehmen.

(4) Der Vorsitzende kann vor der streitigen Verhandlung einen Beweisbeschluss erlassen, soweit er anordnet

1. eine Beweisaufnahme durch den ersuchten Richter;
2. eine schriftliche Beantwortung der Beweisfrage nach § 377 Abs. 3 der Zivilprozessordnung;
3. die Einholung amtlicher Auskünfte;
4. eine Parteivernehmung;
5. die Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens.

Anordnungen nach den Nummern 1 bis 3 und 5 können vor der streitigen Verhandlung ausgeführt werden.

§ 64 Grundsatz

(1) Gegen die Urteile der Arbeitsgerichte findet, soweit nicht nach § 78 das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde gegeben ist, die Berufung an die Landesarbeitsgerichte statt.

(2) Die Berufung kann nur eingelegt werden,

- a) wenn sie in dem Urteil des Arbeitsgerichts zugelassen worden ist,
- b) wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes 600 Euro übersteigt,
- c) in Rechtsstreitigkeiten über das Bestehen, das Nichtbestehen oder die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses oder
- d) wenn es sich um ein Versäumnisurteil handelt, gegen das der Einspruch an sich nicht statthaft ist, wenn die Berufung oder Anschlussberufung darauf gestützt wird, dass der Fall der schuldhaften Versäumnung nicht vorgelegen habe.

(3) Das Arbeitsgericht hat die Berufung zuzulassen, wenn

1. die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat,
2. die Rechtssache Rechtsstreitigkeiten betrifft
 - a) zwischen Tarifvertragsparteien aus Tarifverträgen oder über das Bestehen oder Nichtbestehen von Tarifverträgen,
 - b) über die Auslegung eines Tarifvertrags, dessen Geltungsbereich sich über den Bezirk eines Arbeitsgerichts hinaus erstreckt, oder

c) zwischen tariffähigen Parteien oder zwischen diesen und Dritten aus unerlaubten Handlungen, soweit es sich um Maßnahmen zum Zwecke des Arbeitskampfes oder um Fragen der Vereinigungsfreiheit einschließlich des hiermit im Zusammenhang stehenden Betätigungsrechts der Vereinigungen handelt, oder

3. das Arbeitsgericht in der Auslegung einer Rechtsvorschrift von einem ihm im Verfahren vorgelegten Urteil, das für oder gegen eine Partei des Rechtsstreits ergangen ist, oder von einem Urteil des im Rechtszug übergeordneten Landesarbeitsgerichts abweicht und die Entscheidung auf dieser Abweichung beruht.

(3a) Die Entscheidung des Arbeitsgerichts, ob die Berufung zugelassen oder nicht zugelassen wird, ist in den Urteilstenor aufzunehmen. Ist dies unterblieben, kann binnen zwei Wochen ab Verkündung des Urteils eine entsprechende Ergänzung beantragt werden. Über den Antrag kann die Kammer ohne mündliche Verhandlung entscheiden.

(4) Das Landesarbeitsgericht ist an die Zulassung gebunden.

(5) Ist die Berufung nicht zugelassen worden, hat der Berufungskläger den Wert des Beschwerdegegenstandes glaubhaft zu machen; zur Versicherung an Eides Statt darf er nicht zugelassen werden.

(6) Für das Verfahren vor den Landesarbeitsgerichten gelten, soweit dieses Gesetz nichts anderes bestimmt, die Vorschriften der Zivilprozeßordnung über die Berufung entsprechend. Die Vorschriften über das Verfahren vor dem Einzelrichter finden keine Anwendung.

(7) Die Vorschriften des § 49 Abs. 1 und 3, des § 50, des § 51 Abs. 1, der §§ 52, 53, 55 Abs. 1 Nr. 1 bis 9, Abs. 2 und 4, des § 52 Absatz 6, des § 54a, der §§ 56 bis 59, 61 Abs. 2 und 3 und der §§ 62 und 63 über Ablehnung von Gerichtspersonen, Zustellungen, persönliches Erscheinen der Parteien, Öffentlichkeit, Befugnisse des Vorsitzenden und der ehrenamtlichen Richter, Güterichter, Mediation und außergerichtliche Konfliktbeilegung, Vorbereitung der streitigen Verhandlung, Verhandlung vor der Kammer, Beweisaufnahme, Versäumnisverfahren, Inhalt des Urteils, Zwangsvollstreckung und Übersendung von Urteilen in Tarifvertragssachen gelten entsprechend.

(8) Berufungen in Rechtsstreitigkeiten über das Bestehen, das Nichtbestehen oder die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses sind vorrangig zu erledigen.

§ 80 Grundsatz

(1) Das Beschlussverfahren findet in den in § 2a bezeichneten Fällen Anwendung.

(2) Für das Beschlussverfahren des ersten Rechtszugs gelten die für das Urteilsverfahren des ersten Rechtszugs maßgebenden Vorschriften über Prozessfähigkeit, Prozessvertretung, Ladungen, Termine und Fristen, Ablehnung und Ausschließung von Gerichtspersonen, Zustellungen, persönliches Erscheinen der Parteien, Öffentlichkeit, Befugnisse des Vorsitzenden und der ehrenamtlichen Richter, Mediation und außergerichtliche Konfliktbeilegung, Vorbereitung der streitigen Verhandlung, Verhandlung vor der Kammer, Beweisaufnahme, gütliche Erledigung des Verfahrens, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand und Wiederaufnahme des Verfahrens entsprechend, soweit sich aus den §§ 81 bis 84 nichts anderes ergibt. Der Vorsitzende kann ein Güteverfahren ansetzen; die für das Urteilsverfahren des ersten Rechtszugs maßgebenden Vorschriften über das Güteverfahren gelten entsprechend.

(3) § 48 Abs. 1 findet entsprechende Anwendung.

§ 83a Vergleich, Erledigung des Verfahrens

(1) Die Beteiligten können, um das Verfahren ganz oder zum Teil zu erledigen, zur Niederschrift des Gerichts oder des Vorsitzenden oder des Güterichters einen Vergleich schließen, soweit sie über den Gegenstand des Vergleichs verfügen können, oder das Verfahren für erledigt erklären.

(2) Haben die Beteiligten das Verfahren für erledigt erklärt, so ist es vom Vorsitzenden des Arbeitsgerichts einzustellen. § 81 Abs. 2 Satz 3 ist entsprechend anzuwenden.

(3) Hat der Antragsteller das Verfahren für erledigt erklärt, so sind die übrigen Beteiligten binnen einer von dem Vorsitzenden zu bestimmenden Frist von mindestens zwei Wochen aufzufordern, mitzuteilen, ob sie der Erledigung zustimmen. Die Zustimmung gilt als erteilt, wenn sich der Beteiligte innerhalb der vom Vorsitzenden bestimmten Frist nicht äußert.

§ 87 Grundsatz

(1) Gegen die das Verfahren beendenden Beschlüsse der Arbeitsgerichte findet die Beschwerde an das Landesarbeitsgericht statt.

(2) Für das Beschwerdeverfahren gelten die für das Berufungsverfahren maßgebenden Vorschriften über die Einlegung der Berufung und ihre Begründung, über Prozeßfähigkeit, Ladungen, Termine und Fristen, Ablehnung und Ausschließung von Gerichtspersonen, Zustellungen, persönliches Erscheinen der Parteien, Öffentlichkeit, Befugnisse des Vorsitzenden und der ehrenamtlichen Richter, Güterichter, Mediation und außergerichtliche Konfliktbeilegung, Vorbereitung der streitigen Verhandlung, Verhandlung vor der Kammer, Beweisaufnahme, gütliche Erledigung des Rechtsstreits, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand und Wiederaufnahme des Verfah-

rens sowie die Vorschriften des § 85 über die Zwangsvollstreckung entsprechend. Für die Vertretung der Beteiligten gilt § 11 Abs. 1 bis 3 und 5 entsprechend. Der Antrag kann jederzeit mit Zustimmung der anderen Beteiligten zurückgenommen werden; § 81 Abs. 2 Satz 2 und 3 und Absatz 3 ist entsprechend anzuwenden.

(3) In erster Instanz zu Recht zurückgewiesenes Vorbringen bleibt ausgeschlossen. Neues Vorbringen, das im ersten Rechtszug entgegen einer hierfür nach § 83 Abs. 1a gesetzten Frist nicht vorgebracht wurde, kann zurückgewiesen werden, wenn seine Zulassung nach der freien Überzeugung des Landesarbeitsgerichts die Erledigung des Beschlussverfahrens verzögern würde und der Beteiligte die Verzögerung nicht genügend entschuldigt. Soweit neues Vorbringen nach Satz 2 zulässig ist, muss es der Beschwerdeführer in der Beschwerdebegründung, der Beschwerdegegner in der Beschwerdebeantwortung vortragen. Wird es später vorgebracht, kann es zurückgewiesen werden, wenn die Möglichkeit es vorzutragen vor der Beschwerdebegründung oder der Beschwerdebeantwortung entstanden ist und das verspätete Vorbringen nach der freien Überzeugung des Landesarbeitsgerichts die Erledigung des Rechtsstreits verzögern würde und auf dem Verschulden des Beteiligten beruht.

(4) Die Einlegung der Beschwerde hat aufschiebende Wirkung; § 85 Abs. 1 Satz 2 bleibt unberührt.

Artikel 5 Änderung des Sozialgerichtsgesetzes

§ 202

Soweit dieses Gesetz keine Bestimmungen über das Verfahren enthält, sind das Gerichtsverfassungsgesetz und die Zivilprozeßordnung einschließlich § 278 Absatz 5 und § 278a entsprechend anzuwenden, wenn die grundsätzlichen Unterschiede der beiden Verfahrensarten dies nicht ausschließen. Die Vorschriften des Siebzehnten Titels des Gerichtsverfassungsgesetzes sind mit der Maßgabe entsprechend anzuwenden, dass an die Stelle des Oberlandesgerichts das Landessozialgericht, an die Stelle des Bundesgerichtshofs das Bundessozialgericht und an die Stelle der Zivilprozessordnung das Sozialgerichtsgesetz tritt.

Artikel 6 Änderung der Verwaltungsgerichtsordnung

§ 173

Soweit dieses Gesetz keine Bestimmungen über das Verfahren enthält, sind das Gerichtsverfassungsgesetz und die Zivilprozeßordnung einschließlich § 278 Absatz 5 und § 278a entsprechend anzuwenden, wenn die grundsätzlichen Unterschiede der beiden Verfahrensarten dies nicht ausschließen. Die Vorschriften des Siebzehnten Titels des Gerichtsverfassungsgesetzes sind

mit der Maßgabe entsprechend anzuwenden, dass an die Stelle des Oberlandesgerichts das Oberverwaltungsgericht, an die Stelle des Bundesgerichtshofs das Bundesverwaltungsgericht und an die Stelle der Zivilprozessordnung die Verwaltungsgerichtsordnung tritt. Gericht im Sinne des § 1062 der Zivilprozessordnung ist das zuständige Verwaltungsgericht, Gericht im Sinne des § 1065 der Zivilprozessordnung das zuständige Oberverwaltungsgericht.

Gerichtskostengesetzes

§ 69b Verordnungsermächtigung

Die Landesregierungen werden ermächtigt, durch Rechtsverordnung zu bestimmen, dass die von den Gerichten der Länder zu erhebenden Verfahrensgebühren über die in den Nummern 1211, 1411, 5111, 5113, 5211, 5221, 6111, 6211, 7111, 7113 und 8211 des Kostenverzeichnisses bestimmte Ermäßigung hinaus weiter ermäßigt werden oder entfallen, wenn das gesamte Verfahren nach einer Mediation oder nach einem anderen Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung durch Zurücknahme der Klage oder des Antrags beendet wird und in der Klage- oder Antragschrift mitgeteilt worden ist, dass eine Mediation oder ein anderes Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung unternommen wird oder beabsichtigt ist, oder wenn das Gericht den Parteien die Durchführung einer Mediation oder eines anderen Verfahrens der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vorgeschlagen hat. Satz 1 gilt entsprechend für die in den Rechtsmittelzügen von den Gerichten der Länder zu erhebenden Verfahrensgebühren; an die Stelle der Klage- oder Antragschrift tritt der Schriftsatz, mit dem das Rechtsmittel eingelegt worden ist."

Gesetzes über Gerichtskosten in Familiensachen

§ 61a Verordnungsermächtigung

Die Landesregierungen werden ermächtigt, durch Rechtsverordnung zu bestimmen, dass die von den Gerichten der Länder zu erhebenden Verfahrensgebühren in solchen Verfahren, die nur auf Antrag eingeleitet werden, über die im Kostenverzeichnis für den Fall der Zurücknahme des Antrags vorgesehene Ermäßigung hinaus weiter ermäßigt werden oder entfallen, wenn das gesamte Verfahren oder bei Verbundverfahren nach § 44 eine Folgesache nach einer Mediation oder nach einem anderen Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung durch Zurücknahme des Antrags beendet wird und in der Antragschrift mitgeteilt worden ist, dass eine Mediation oder ein anderes Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung unternommen wird oder beabsichtigt ist, oder wenn das Gericht den Beteiligten die Durchführung einer Mediation oder eines anderen Verfahrens der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vorgeschlagen hat. Satz 1 gilt entspre-

chend für die im Beschwerdeverfahren von den Oberlandesgerichten zu erhebenden Verfahrensgebühren; an die Stelle der Antragschrift tritt der Schriftsatz, mit dem die Beschwerde eingelegt worden ist."

Code of Conduct

EUROPÄISCHER VERHALTENSKODEX FÜR MEDIATOREN

Der vorliegende Verhaltenskodex stellt Grundsätze auf, zu deren Einhaltung einzelne Mediatoren sich freiwillig und eigenverantwortlich verpflichten können. Der Kodex kann von Mediatoren in den verschiedenen Arten der Mediation in Zivil- und Handelssachen benutzt werden.

Organisationen, die Mediationsdienste erbringen, können sich ebenfalls zur Einhaltung verpflichten, indem sie die in ihrem Namen tätigen Mediatoren zur Befolgung des Verhaltenskodexes auffordern. Organisationen können Informationen über die Maßnahmen, die sie zur Förderung der Einhaltung des Kodexes durch einzelne Mediatoren ergreifen, zum Beispiel Schulung, Bewertung und Überwachung, zur Verfügung stellen.

Für die Zwecke des Verhaltenskodexes bezeichnet Mediation ein strukturiertes Verfahren unabhängig von seiner Bezeichnung, in dem zwei oder mehr Streitparteien mit Hilfe eines Dritten (nachstehend „Mediator“) auf freiwilliger Basis selbst versuchen, eine Vereinbarung über die Beilegung ihrer Streitigkeiten zu erzielen.

Die Einhaltung des Verhaltenskodexes lässt die einschlägigen nationalen Rechtsvorschriften oder Bestimmungen zur Regelung einzelner Berufe unberührt.

Organisationen, die Mediationsdienste erbringen, möchten möglicherweise detailliertere Kodexe entwickeln, die auf ihr spezielles Umfeld, die Art der von ihnen angebotenen Mediationsdienste oder auf besondere Bereiche (z. B. Mediation in Familiensachen oder Verbraucherfragen) ausgerichtet sind.

1. FACHLICHE EIGNUNG, ERNENNUNG UND VERGÜTUNG VON MEDIATOREN SOWIE WERBUNG FÜR IHRE DIENSTE

1.1. Fachliche Eignung

Mediatoren müssen in Mediationsverfahren sachkundig und kenntnisreich sein. Sie müssen eine einschlägige Ausbildung und kontinuierliche Fortbildung sowie Erfahrung in der Anwendung von Mediationstechniken auf der Grundlage einschlägiger Standards oder Zulassungsregelungen vorweisen.

1.2. Ernennung

Die Mediatoren müssen mit den Parteien die Termine für das Mediationsverfahren vereinbaren. Mediatoren müssen sich hinreichend vergewissern, dass sie einen geeigneten Hintergrund für die Mediationsaufgabe mitbringen und dass ihre Sachkunde in einem bestimmten Fall dafür angemessen ist, bevor sie die Ernennung annehmen, und müssen den Parteien auf ihren Antrag Informationen zu ihrem Hintergrund und ihrer Erfahrung zur Verfügung stellen.

1.3. Vergütung

Soweit nicht bereits verfügbar, müssen die Mediatoren den Parteien stets vollständige Auskünfte über die Vergütungsregelung, die sie anzuwenden gedenken, erteilen. Sie dürfen kein Mediationsverfahren annehmen, bevor nicht die Grundsätze ihrer Vergütung von allen Parteien akzeptiert wurden.

1.4. Werbung für Mediationsdienste

Mediatoren dürfen für ihre Tätigkeit werben, sofern sie dies auf professionelle, ehrliche und redliche Art und Weise tun.

2. UNABHÄNGIGKEIT UND UNPARTEILICHKEIT

2.1. Unabhängigkeit

Gibt es Umstände, die die Unabhängigkeit eines Mediators beeinträchtigen oder zu einem Interessenkonflikt führen könnten oder den Anschein erwecken, dass sie seine Unabhängigkeit beeinträchtigen oder zu einem Interessenkonflikt führen, muss der Mediator diese Umstände offenlegen bevor er seine Tätigkeit wahrnimmt oder bevor er diese fortsetzt, wenn er sie bereits aufgenommen hat.

Zu diesen Umständen gehören

- eine persönliche oder geschäftliche Verbindung zu einer oder mehreren Parteien,
- ein finanzielles oder sonstiges direktes oder indirektes Interesse am Ergebnis der Mediation,
- eine anderweitige Tätigkeit des Mediators oder eines Mitarbeiters seines Unternehmens für eine oder mehrere der Parteien.

In solchen Fällen darf der Mediator die Mediationstätigkeit nur wahrnehmen bzw. fortsetzen, wenn er sicher ist, dass er die Aufgabe vollkommen unabhängig durchführen kann, sodass vollkommene Unparteilichkeit gewährleistet ist, und wenn die Parteien ausdrücklich zustimmen.

Die Offenlegungspflicht besteht während des gesamten Mediationsverfahrens.

2.2. Unparteilichkeit

Die Mediatoren haben in ihrem Handeln den Parteien gegenüber stets unparteiisch zu sein und sich darum zu bemühen, in ihrem Handeln als unparteiisch wahrgenommen zu werden, und sind verpflichtet, im Mediationsverfahren allen Parteien gleichermaßen zu dienen.

3. MEDIATIONSVEREINBARUNG, VERLAUF UND ENDE DES VERFAHRENS

3.1. Verfahren

Der Mediator muss sich vergewissern, dass die Parteien des Mediationsverfahrens das Verfahren und die Aufgaben des Mediators und der beteiligten Parteien verstanden haben.

Der Mediator muss insbesondere gewährleisten, dass die Parteien vor Beginn des Mediationsverfahrens die Voraussetzungen und Bedingungen der Mediationsvereinbarung, darunter insbesondere die einschlägigen Regelungen über die Verpflichtung des Mediators und der Parteien zur Vertraulichkeit, verstanden und sich ausdrücklich damit einverstanden erklärt haben.

Die Mediationsvereinbarung kann auf Antrag der Parteien schriftlich abgeschlossen werden.

Der Mediator muss das Verfahren in angemessener Weise leiten und bei den jeweiligen Umständen des Falls berücksichtigen, einschließlich einer möglichen ungleichen Kräfteverteilung und eventueller Wünsche der Parteien, sowie des Rechtsstaatsprinzips, und der Notwendigkeit einer raschen Streitbeilegung. Die Parteien können unter Bezugnahme auf vorhandene Regeln oder anderweitig mit dem Mediator das Verfahren vereinbaren, nach dem die Mediation vorgenommen werden soll.

Der Mediator kann die Parteien getrennt anhören, wenn er dies für zweckmäßig erachtet.

3.2. Faires Verfahren

Der Mediator muss sicherstellen, dass alle Parteien in angemessener Weise in das Verfahren eingebunden sind.

Der Mediator muss die Parteien davon in Kenntnis setzen und kann das Mediationsverfahren beenden, wenn

- er aufgrund der Umstände und seiner einschlägigen Urteilsfähigkeit die vereinbarte Regelung für nicht durchsetzbar oder für rechtswidrig hält oder

- er der Meinung ist, dass eine Fortsetzung des Mediationsverfahrens aller Voraussicht nach nicht zu einer Regelung führen wird.

3.3. Ende des Verfahrens

Der Mediator muss alle erforderlichen Maßnahmen ergreifen, um sicherzustellen, dass eine Vereinbarung der Parteien in voller Kenntnis der Sachlage einvernehmlich erzielt wird und dass alle Parteien den Inhalt der Vereinbarung verstehen.

Die Parteien können sich jederzeit aus dem Mediationsverfahren zurückziehen, ohne dies begründen zu müssen.

Der Mediator muss auf Antrag der Parteien im Rahmen seiner Sachkunde die Parteien darüber informieren, wie sie die Vereinbarung formalisieren können und welche Möglichkeiten bestehen, sie durchsetzbar zu machen.

4. VERTRAULICHKEIT

Der Mediator muss die Vertraulichkeit und im Zusammenhang damit wahren, einschließlich des Umstands, dass die Mediation stattfinden soll oder stattgefunden hat, es sei denn, er ist gesetzlich oder aus Gründen der öffentlichen Ordnung (*ordre public*) zur Offenlegung verpflichtet. Informationen, die eine der Parteien dem Mediator im Vertrauen mitgeteilt hat, dürfen nicht ohne Zustimmung an die anderen Parteien weitergegeben werden, es sei denn, es besteht eine gesetzliche Pflicht zur Weitergabe.

Glossar

Viele Begriffe werden ungenau und uneinheitlich verwendet. Dadurch ergeben sich Irritationen, die sich leicht vermeiden lassen. Im Interesse einer begrifflichen Klarheit und Vereinheitlichung werden die Definitionen der wichtigsten Fachbegriffe hier wie folgt zusammengestellt:

ADR	Außergerichtliches Konfliktbeilegungsverfahren einschließlich der Güteverhandlung [1246]
Auftraggeber	Kurzform für den Mediationsauftraggeber. Die Parteien des Media-

Auftragnehmer	tionsvertrages, die den Mediator beauftragen. Kurzform für Mediationsauftragnehmer. Die Parteien des Mediationsvertrages, die den Mediator beauftragen.
Dienstberechtigte	Medianden
Dienstverpflichtete	Mediatoren
DR	Dispute Resolution
Dritter	a) Dritter im triadischen Verfahren b) sonstige Teilnehmer
Fachmediation	Fachliche Ausrichtung (statt Mediationsart)
Güterichterverhandlung	§ 278 Abs. 5 ZPO
Güteverhandlung	§ 278 Abs. 2 ZPO
Interesse	Nutzen (nicht Ergebnis!!!)
Interessenbetroffener	Nicht beteiligter Betroffener
Konflikt	
Konfliktbeilegung	Herstellung von Rechtsfrieden. Bezieht die Streitbeilegung mit ein und erlaubt auch die Konfliktlösung
Konfliktdimension	Systematische Einteilung der Konflikte
Lösung	Zu erarbeitende Resultate, die sich im Ergebnis als nützlicher erweisen als die ursprünglich eingenommene Position
Mediationsabreden	Verfahrensabsprachen. Äquivalent zu den prozessleitenden Verfügungen im Gericht [432]
Abschlussvereinbarung	Mediationsabschlussvereinbarung [457], Vereinbarung am Ende der Mediation [660].
Mediationsdurchführungsvereinbarung	
Mediand	Teilnehmer an der Mediation

Mediation	Vermittlung des Verstehens
Mediationsart	siehe Fachmediation
Mediationsfeld	Anwendungsbereiche der Mediation (siehe Fachmediationen)
Mediationsform	Formale Konstitution der Mediation [114]
Mediationsmodell	Durchführungsschwerpunkt der Mediation (Mediationsweise) [81]
Mediationsrecht	Gesamtheit der für die Mediation einschlägigen Rechtsquellen
Mediationsstil	Individuelle Prägung der Mediation
Mediationsvertrag	Vereinbarung zu Beginn der Mediation, Vertrag zur Konstituierung der Mediation.
Mediatorenvertrag	Siehe Mediationsvertrag
MKH	Mediationskostenhilfe
ODR	Online Dispute Resolution
Partei	Undifferenzierte Bezeichnung der Protagonisten [659]. Siehe Medianten.
Position	Entspricht meist der geltend zu machenden Forderung. Eine Position ist die von den Parteien eingebrachte Lösung.
Schlichtung	Vermittlung der Lösung
Stakeholder	Besseres Wort für ‚Betroffener‘
Streitvermittlung	Oberbegriff für Schlichtung und Mediation [67].
Täter-Opfer-Ausgleich	Eine modifizierte Mediation (Mediationsform) im Strafrecht
Vertragspartei	Parteien des Mediationsvertrages

Tipps zur Vertragsgestaltung

Diese Tipps betreffen Hinweise zur Gestaltung des Mediationsvertrages bzw. der MDV.

☐ Tipp zur Vertragsgestaltung	23
☐ Vereinbarung zur (Un-)Zulässigkeit von Evaluation	96
☐ Besonderheiten der Fachmediationen	138
☐ Bestimmung der Leistungsinhalte und Grenzen	141
☐ Standards in den Vertrag einbeziehen	165
☐ Prozessführungsbefugnis definieren	188
☐ Klare Trennung von Haupt- und Nebenleistungen	199
☐ Verwahrung von Dokumenten	201
☐ Genehmigung für die Rückgabe von Unterlagen	202
☐ Verfahrensberatung erlauben	207
☐ Ausschluss der Rechtsberatung	223
☐ Grenzen der Rechtsdienstleistung	235
☐ Trennung Causa und MDV	254
☐ Mediationsvertrag unerlässlich	264
☐ Verweis auf Phase 1 und 2 (Regeln und Themen)	265
☐ Abrechnungsmodus festlegen	277
☐ Vorschüsse begründen keine Teilnahmeverpflichtung	278
☐ Fristlose Kündigung im Vertrag vorsehen	287
☐ Auswirkungen der fristlosen Kündigung festlegen	288
☐ Kündigungsmöglichkeit durch den Mediator	289
☐ Fortsetzungsklausel bei Kündigung des Co-Mediators	289
☐ Fortsetzungsklausel	290
☐ Begründung bei schriftlicher Kündigung	292
☐ Vergütung bei Kündigung	293
☐ Schriftliche MDV	325
☐ Direkte Verschwiegenheitsverpflichtungen	329
☐ Haftungsfragen bei Terminversäumnis	329
☐ Haftung bei Co-Mediators	331
☐ Regelung über die Ladung Dritter	334
☐ Positivsummenspiel ausweisen	343

☐ Dokumentieren	345
☐ Mediationsklausel für Vollziehungsfragen	348
☐ Klausel zur Wirksamkeit bei Teilnichtigkeit	351
☐ Ex tunc Wirkung für Zustimmungen vereinbaren	353
☐ Erklärung zu Parallelprozessen, Rechtsfolgenhinweis	367
☐ Mediationsform(en) benennen und abstimmen	368
☐ Verantwortlichkeit genau festlegen	380
☐ Hinweis auf Fristenschicksal	386
☐ Außerprozessuales Verhalten vereinbaren	478
☐ Ziel ist das Finden einer einvernehmlichen Lösung	479
☐ Lösungssuche im Vertrag ausweisen	507
☐ Win-Win-Ergebnis als Ziel herausstellen	508
☐ Einverständnis für Einzelgespräche	553
☐ Fortsetzungsklausel falls ein Mediand kündigt	564
☐ Erlaubnis für die Offenlegung der Dokumentation	574
☐ Vertrag sollte sich über Protokolle erklären	577
☐ Im Vertrag Weitergabe von Dokumenten verbieten	577
☐ Dokumentation und Aufbewahrung von Handakten regeln	581
☐ Regelung der Akteneinsicht	582
☐ Verschwiegenheit ausdehnen	619
☐ Regelung der Verschwiegenheit	621
☐ Verschwiegenheit genau abgrenzen	631
☐ Entbindungsberechtigung durch Erben	641
☐ Anpassung Schweigepflichten / Verwertungsverbote	643
☐ Mediationsklausel Gütestelle gleichsetzen	818

Mediationsfehler

Mediationsfehler sind Verstöße gegen die Regeln der Kunst [488]. Die nachfolgende Liste ist weder vollständig noch enumerativ oder verbindlich. Sie fasst lediglich die Augenmerke zusammen, die auf Mediationsfehler hindeuten. Sie sollen das Bewusstsein der Mediatoren für mögliche Herausforderungen, besonders im Nachgang zu dem nunmehr erlassenen Ge-

setz in der Chronologie ihrer Erwähnung zusammenstellen und eine Orientierungshilfe geben.

✎	Kennzeichnung der Mediationsfehler	23
✎	Positionen, Interessen und Lösungen vermischt	46
✎	Fehlerhafte Phasenabwicklung	48
✎	Mangelnde Abstimmung über die Sicht auf Mediation	48
✎	Außerachtlassen möglicher Themen	52
✎	Keine Abgrenzung zwischen Problem und Konflikt	54
✎	Problem und Konfliktlösung nicht differenziert	54
✎	Unbegründete Handlungsweise des Mediators	82
✎	Verfahrenswechsel nicht offengelegt	83
✎	Unklares Mediationsmodell	89
✎	Determinierende Bewertungen des Mediators	93
✎	Evaluation ohne Vereinbarung	97
✎	Fehlende Information über Mediationsmodelle	100
✎	Unterlassener Modellwechsel	102
✎	Grenzen der Mediation werden nicht offen gelegt	110
✎	Unterlassener Hinweis auf Mediationsmodelle	113
✎	Fehlende Information über Co-Mediation	117
✎	Wahrnehmungseinschränkendes Setting	118
✎	Einzel- statt Co- oder Teammediation	118
✎	Kein Hinweis auf eine notwendige Teammediation	118
✎	Mediationsform und Modell passen nicht zusammen	129
✎	Unterlassenes Einzelgespräch als Intervention	130
✎	Bedenken gegen die Unabhängigkeit nicht offenbart	131
✎	Mediationsmodell und Grenzen nicht ausgewiesen	132
✎	Fachliche Fehleinschätzung	141
✎	Mangelnde Abgrenzung zur Beratung	142
✎	Allzu aktiver Mediator	144
✎	Falsche Erfolgskriterien zugrunde gelegt	145
✎	Zeit- und Erschöpfungsdruck ausgeübt	145
✎	Pausen übergangen	145
✎	Bloßer Verweis auf eine „Mediationsordnung“	167

✎	Verwechslung Clearingverfahren / Mediation	168
✎	Unterlassene Verschwiegenheitsverpflichtung	174
✎	Falsche Konfliktdanalyse	178
✎	Die Verfahrensabsprachen entsprechen sich nicht	182
✎	Unterlassene Koordination der Vereinbarungen	190
✎	Mangelnde Offenlegung der Vorkorrespondenz	202
✎	Wesensverändernde Beratung durchgeführt	208
✎	Empfehlungen	210
✎	Regelungsvorschläge unterbreitet	227
✎	Grenzen der anwaltlichen Rolle verdeckt	235
✎	Der Mediator therapiert	246
✎	Unklare Abgrenzung zur privaten Hilfe	253
✎	Unterlassene Prüfung der Geschäftsfähigkeit	257
✎	Gesetzliche Vertretung nicht geprüft	257
✎	Egoistische Prozessberatung	260
✎	Unzulässige Beratung bei Vertragsanbahnung	260
✎	Mediation(svertrag) wird nicht besprochen	262
✎	Unterlassene Information über Vorgespräche	265
✎	Ergebnisabhängige Honorarvereinbarung	272
✎	Fehlender Hinweis bei Kostenteilung	272
✎	Kostenregelung verleitet zum Nullsummenspiel	273
✎	Erfolgshonorar trotz nicht nachhaltiger MAV	275
✎	Erfolgshonorar ohne Verantwortlichkeitenklärung	276
✎	Ausweis eines Beratungshonorars	277
✎	Vorschuss zur Bindung	278
✎	Fortsetzung der Mediation ohne Neuverhandlung	288
✎	Mediation ohne Einbeziehung aller Betroffenen.	288
✎	Erschwernis der Kündigung	292
✎	Mangelnde Verhandlungsbereitschaft wird ignoriert	304
✎	Druckausübung	306
✎	Mangelnde Verhandlungsbereitschaft ignoriert	306
✎	Einengende Vertragsklauseln	312
✎	Bezugnahme auf Klauseln und Ordnungen	315
✎	Dispositionsbefugnisse nicht geprüft	319

✎	Mediandenfähigkeit nicht geprüft	320
✎	Mediations(un)fähigkeit nicht geprüft	321
✎	Mediator fühlt sich zur Interessenvertretung berufen	323
✎	Verfahrensritual übergangen	325
✎	Fehlender Fristenhinweis	327
✎	Direktiven statt Absprachen	328
✎	Hinweispflicht bei Anstellungsverhältnis	333
✎	Ungeklärter Ermittlungsanlass	334
✎	Zeugenentschädigung	334
✎	Fehlende Vertraulichkeitsabrede mit Dritten	335
✎	Fehlende Vertraulichkeitsabrede mit Dritten	335
✎	Rolle der Rechtsanwälte in der Mediation ungeklärt	336
✎	Berater nicht zur Verschwiegenheit verpflichtet	337
✎	Interessenbekundungsfähigkeit nicht geprüft.	338
✎	Parteivertretung trotz Anwesenheit der Partei	338
✎	Teilvereinbarungen ohne Vorbehalt	340
✎	Verzichtsmotive werden nicht aufgedeckt	342
✎	WATNA/BATNA nicht durchgeführt	343
✎	Fehlerhafte Beratung zur Vollstreckbarkeit	344
✎	Auslegungsfragen wurden offen gelassen	345
✎	Vollstreckbarkeit nicht thematisiert	347
✎	Fehlender Hinweis auf mangelnde Nachhaltigkeit	348
✎	Kein QM bei MAV	348
✎	Prozess-de-orientierte Anwendung der Prinzipien	359
✎	Einseitige Beratung / Interessenvertretung	359
✎	Haltungsfehler	360
✎	Pressearbeit	361
✎	Ungenehmigte Einzelgespräche	361
✎	Unterlassene Information über Vorberatung	361
✎	Anwaltliche Beratung	362
✎	Prozessberatung	362
✎	Unzulässige Verfahrensbezeichnung	363
✎	Unterlassene Verbalisierung.	363
✎	Nicht offen gelegte Vorinformation	363

✎	Meinungsbildung	364
✎	Unterlassene Abstimmung	364
✎	Verfahrensregeln werden nicht abgestimmt	365
✎	Ideologische Eingrenzung	365
✎	Mediator legt Abhängigkeit(en) nicht offen	366
✎	Beziehung zum Mediaten verschwiegen	366
✎	Unterlassene Verfahrensinformation	366
✎	Unterlassene Belehrung über Aussageverweigerung	366
✎	Unterlassene Fristwarnung	367
✎	Keine Information über Mediationsmodelle	368
✎	Fehlerhafte Verfahrensbezeichnung	368
✎	Falsches Setting	368
✎	Phasen unterdrückt	369
✎	Phasen übergangen	370
✎	Mediator verliert die Phasenorientierung	371
✎	Amtsermittlung	371
✎	Verdeckter Verfahrenswechsel	372
✎	Fragen statt Loopen	372
✎	Bewertungen	372
✎	Lösungsvorschläge	373
✎	Fehlerhafte Verfahrensbezeichnung	375
✎	Ungenehmigte Öffentlichkeit	375
✎	Experimente	376
✎	Therapeutische Methoden, Coaching	376
✎	Formulierungshilfen	377
✎	Kein Beratungshinweis	377
✎	Dokumentation unwirksamer Vereinbarungen	377
✎	Beratung in der Mediation	378
✎	Abwicklungshilfe	378
✎	Coaching im Anschluss an die Mediation	378
✎	Folgemediation	379
✎	Kein Hinweis auf Fristenlauf und Prozessabstimmung	387
✎	Differenzierung nach Wirkungsgraden	430
✎	Vertraulichkeit nicht angepasst (erweitert)	469

✎	Mediator lenkt den Blick auf Lösungen	471
✎	Übertriebene Hilfsbereitschaft	472
✎	Fehlende Angaben zur Kündigungsmöglichkeit	475
✎	Fehlende Vereinbarung zur Konfliktbearbeitungstiefe	481
✎	Verfahrensintransparenz	492
✎	Parteien werden nicht „ins Boot geholt“	493
✎	Unterlassene Klärung des Führens	494
✎	Unstimmigkeiten ansprechen	499
✎	Einigung nicht evaluiert	501
✎	Strategische Zielsetzung versäumt	503
✎	Win-Win-Prinzip nicht erklärt	507
✎	Mangelnde Transparenz	514
✎	Unterlassene Prüfung der Geeignetheit	525
✎	Unterlassene Konfliktanalyse	526
✎	Verfahren trotz Verfahrensmängeln	529
✎	Fehlender Hinweis auf Verfahrensbedenken	530
✎	Keine freie Mediatorenwahl	532
✎	Unreflektierte Fallannahme	533
✎	Fehlende Rahmenbildung	535
✎	Nicht konkret veranlasste Regeln werden verordnet	536
✎	Unreflektiertes Einführen von Regeln	536
✎	Mediator fragt keine Erwartungen ab	537
✎	Mangelnde Verhandlungsbereitschaft übersehen	539
✎	Mediation wird erläutert statt vereinbart	540
✎	Konfrontation übergangen	541
✎	Unterlassene Hinweise	542
✎	Informations- und Offenbarungspflicht verletzt	543
✎	Ungleichbehandlung nicht erläutert	545
✎	Keine Erlaubnis für Shuttle-Telefonie	552
✎	Nicht ausgehandelte Kommunikationswege	552
✎	Keine Erläuterung der Einzelgesprächshandhabung	553
✎	Der Mediator lässt sich ins Vertrauen ziehen	554
✎	Rolle des Beraters nicht erläutert	558
✎	Fehlende Klärung der Interessenträgerschaft	558

✎ Beweiserhebung statt Auskunft	559
✎ Hintergründe für Einbeziehung Dritter nicht geklärt	561
✎ Fehlende Erörterung der Teilnahmefrage	562
✎ Kein Einvernehmen über die Beendigung	565
✎ Einseitige, nicht abgestimmte Kündigung	566
✎ Gehör wird nicht gewährleistet	567
✎ Informationslücken übersehen	568
✎ Übergangene Informationen (rechtliches Gehör)	568
✎ Unterlassener Beratungshinweis	570
✎ Unterzeichnung der Abschlussvereinbarung	575
✎ Ungenehmigte Akteneinsicht	582
✎ Hinweispflicht des § 3 Abs. 1 übersehen	584
✎ Kein Hinweis auf Vortätigkeit	604
✎ Einbeziehung potenziell gefährdeter Personen	609
✎ Mangelnde Distanzierung	609
✎ Fehlende Erlaubnis zur Informationsweitergabe	627
✎ Fehlende Information über die Handhabung der Einzelgespräche	627
✎ Weitergabe von Informationen	632
✎ Instrumentalisierung des Mediators nicht verhindert	635
✎ Mediatorenrolle nicht erläutert oder eingehalten	635
✎ Fehlerhafte Information über Schweigepflichten	639
✎ Belehrungspflicht verletzt	643
✎ Mediator trennt keine Komplexitätsdimensionen	727
✎ Beziehungskonflikt nicht angesprochen	821
✎ Keine Hilfe bei Verfahrensfortsetzung	829
✎ Unterlassene Rechtswahl	847
✎ Zwingendes nationales Recht übergangen	848
✎ Keine Verfahrensregeln (MDV) vereinbart	850
✎ Unterlassene Rechtsprüfung	855

Gelegenheiten zur Stärkung der Mediation

Die systematische Zusammenstellung des Mediationsrechts hat auf offene Fragen und unklare Regelungen verwiesen. Wenn Stärkung Klärung und Absicherung bedeutet, dann ist es sinnvoll, diese Punkte anzusprechen und zusammenzustellen.

✍	Maßnahme zur Stärkung der Mediation.....	23
✍	Änderung der Definition in § 1 Abs. 1 und 2.....	78
✍	Vorgeschriebener Ausbildungsinhalt.....	90
✍	Mediation als Vertragstyp im BGB regeln.....	192
✍	Beratungsverbot spezifizieren.....	206
✍	Grenzen und Umfang der Mediation im SGB.....	213
✍	Einschränkung in § 2 RDG aufheben.....	220
✍	Mediatoren den Schlichtungsstellen angleichen.....	228
✍	Einheitliches Berufsbild für Mediatoren sicherstellen.....	230
✍	§ 3 BRAO auf allgemeine Rechtsberatung ausweiten.....	232
✍	Notarmediation als privatrechtlichen Akt gestalten.....	238
✍	Beurkundungsverbot nach Mediation.....	239
✍	Abgrenzung zur "praktischen" Mediation.....	258
✍	Schriftform und Vertrag als Bedingung.....	263
✍	Schriftform.....	266
✍	Mediationskosten als außergewöhnliche Belastung.....	281
✍	Rücksichtnahmepflichten gesetzlich fixieren.....	302
✍	Kostentragungspflicht bei klagetreibendem Verhalten.....	302
✍	Mediationsklauseln gesetzlich legitimieren.....	310
✍	Fortsetzungsklauseln gesetzlich legitimieren.....	316
✍	Grenzziehung und Systematik.....	401
✍	Mediator im PartGG und EStG erwähnen.....	405
✍	Makroökonomische Analyse in Erweiterung zu § 8.....	413
✍	Forum ermöglichen.....	414
✍	Beratungsverbot auch für Anwaltsmediatoren.....	418

☞	Bessere Aufklärung und Systematisierung	418
☞	Mediation als eigenständige Dienstleistung etablieren	421
☞	Einbeziehung statt Ausgrenzung	425
☞	Netzwerkbildungen unterstützen	437
☞	<i>Bedarfsorientierten Handlungsrahmen herstellen</i>	440
☞	Abgestimmte, nachvollziehbare Systematik.....	441
☞	Gericht als subsidiäre Kompetenz.....	441
☞	Qualität durch Profile.....	441
☞	Beratungsberatung	442
☞	Forum für Mediation	442
☞	Aufklärung und Information.....	443
☞	Stärkung / Zielsetzung klar definieren	444
☞	Soziale Kompetenz als (Schul-)Bildungsinhalt.....	445
☞	§ 253 Abs. 3 ZPO ändern, Kooperation belohnen.....	446
☞	Ausgrenzung verhindern.....	447
☞	Gewaltbereinigung im Gesetz.....	448
☞	Vorrang der Verhandlung auch bei Notfristen	449
☞	Anspruch auf Einigung / Rechtsschutzinteresse	449
☞	Separierung und Rechtszersplitterung vermeiden.....	450
☞	Vorbildfunktion wahrnehmen	451
☞	Kostenbelohnung/-bestrafung, Änderung §§ 91 ff. ZPO	451
☞	Finanzielle (steuerliche) Anreize.....	451
☞	Wege in die Kooperation erleichtern	452
☞	Gesellschaftliches Umdenken ermöglichen.....	454
☞	Mediation und Mediationsmarkt freigeben	455
☞	Achtung der begrifflichen Konsistenz.....	459
☞	Statt Streitbeilegung: Streit- und Konfliktbeilegung	465
☞	Unabhängigkeit stärken (Schutz vor Repressalien)	486
☞	Indetermination statt fehlende Entscheidungsbefugnis	490
☞	Gesetzliche Haftungsfreistellung des Mediators.....	491
☞	Mediation als Konsensvergleich im BGB	502
☞	§ 2 Abs. 6 Informiertheit erweitern	509
☞	MediationsG an Berufsausübung koppeln	521
☞	Verfahrensgrundsätze vereinbaren statt überprüfen	537

⊘	Verbotene Tätigkeiten spezifizieren	593
⊘	„Sache“ in § 3 auf Rechtssachen beschränken	598
⊘	Tätigkeitsverbote zur Disposition der Parteien stellen.....	603
⊘	Auskunftsanspruch für Konsumenten statt Parteien	613
⊘	Auskunftsanspruch für Anbieter statt Mediatoren.....	614
⊘	Verschwiegenheit genau abgrenzen	631
⊘	Erweiterung des Zeugnisverweigerungsrechtes	632
⊘	Vernehmung des Mediators nur als Ultima Ratio	637
⊘	Genieregelung vorsehen.....	646
⊘	Zert. Mediator als Berufsmediator definieren	658
⊘	Maßgeblichkeit definieren.....	661
⊘	Beratungshilfe soll Mediation ermöglichen.....	672
⊘	Weg für kostenfreie Fortbildungen frei machen	693
⊘	Kompetenzerweiterung als zus. Ausbildungsziel.....	694
⊘	Gewalten deutlich gegeneinander abgrenzen.....	720
⊘	Verfassungskonforme Definition des Richters	725
⊘	Neutrale Clearinginstanzen schaffen	731
⊘	§ 41 Güterichter erwähnen	738
⊘	Verwertungsverbot von Protokollen des Güterichters.....	739
⊘	Festlegung des Rechtsschutzbedürfnisses	746
⊘	Richterausbildung	756
⊘	Begründungspflicht in § 253 Abs. 3 ZPO erlassen.....	759
⊘	Klare Regelung der Prüfungspflicht i.S.d. § 253 ZPO	764
⊘	Klärung des Güterichterstatus.....	780
⊘	Vertraulichkeit bei Amtsermittlung.....	786
⊘	Güterichter darf in externe Mediation verweisen.....	791
⊘	Freie Wahl des Güterichters ermöglichen.....	798
⊘	Ggfs. § 229 ZPO auf Güterichter ausdehnen.....	806
⊘	Verschwiegenheitspflicht des Güterichters	807
⊘	Güterichterbefreiung vom Prozessrecht.....	808
⊘	Unterbrechung aller Fristen	815
⊘	Ruhen bei der Güterichterverhandlung.....	817
⊘	Kein Fristablauf der Notfristen beim Ruhen	818
⊘	Mediation und Güterichter auch bei Ehesachen	822

☞	Konfliktverhalten berücksichtigen	829
☞	„außergerichtlich“ durch „einvernehmlich“ ersetzen.....	863

Literaturverzeichnis

Das Literaturverzeichnis ist alphabetisch geordnet. Zitierweise: „*Urheber* (Quellenspezifikation): Herkunft“. Bei Online-Zitaten ist das Ablesedatum (dl = Download) hinzugefügt.

1. Agentur für Arbeit (Berufsfeld)
http://berufenet.arbeitsagentur.de/berufe/berufld.do?_pgnt_act=goToAnyPage&_pgnt_pn=0&_pgnt_id=resultShort&status=D dl: 5.5.2014
2. Agentur für Arbeit (Mediator):
http://berufenet.arbeitsagentur.de/berufe/resultList.do?resultListItemsValue=8263&duration=&suchweg=begriff&searchString=%27+mediator*+%27&doNext=forwardToResultShort, dl 19.5.2014
3. *Ahrens* (Mediationsgesetz und Güterichter): Martin Ahrens, „Mediationsgesetz und Güterichter – Neue gesetzliche Regelungen der gerichtlichen und außergerichtlichen Mediation“, NJW 2012, 2465
4. *Armbrüster*, Münchener Kommentar zum BGB, 6. Auflage 2012, Vorbemerkung § 116 BGB Rn 6-11
5. *Bach* (BeckOK ZPO): Beck'scher Online-Kommentar ZPO, Hrsg: Vorwerk/Wolf, Stand: 15.07.2012, Edition: 5
6. *Bacher* (BeckOK ZPO): Dr. Klaus Bacher in Beck'scher Online-Kommentar ZPO, Hrsg: Vorwerk/Wolf, Stand: 15.07.2012, Edition: 4
7. *Bafin* (Ombudsleute): „Bei Ombudsleuten beschwerten“ der BaFin unter www.bafin.de/DE/Verbraucher/BeschwerdenAnsprechpartner/Ombudsleute/ombudsleute_artikel.html, dl: 26.03.2013;
8. *Balloff* (Kinderrechte): Dr. Rainer Balloff, „Kinderrechte bei Mediation, Beratung des Kindes, Erziehungsberatung und Familientherapie“, FPR 2012, 216
9. *Baumbach/Lauterbach* (ZPO): Dr. Adolf Baumbach, Prof. Dr. Wolfgang Lauterbach, Dr. Jan Albers, Dr. Dr. Peter Hartmann, „Zivilprozessordnung: ZPO mit FamFG, GVG und anderen Nebengesetzen“ 68. Aufl. 2010, Beck Verlag
10. *Becker-Eberhard*: Dr. Ekkehard Becker-Eberhard in „Münchener Kommentar zur ZPO“, 4. Auflage 2013, Beck-Verlag

11. *Beckmann*: Markus Beckmann; Vortrag: „Abmahnung im Wettbewerbsrecht“, http://www.beckmannundnorda.de/merkblatt_abmahnung.pdf
12. Begründung: Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung; Bearbeitungsstand: 04.08.2010 8:07 Uhr. Inhaltlich identisch mit BT-Drucks. 17/5335
13. Beruflexikon: Österreichisches Beruflexikon, Band 3, akademische Berufe http://www.forschungsnetzwerk.at/downloadpub/AMS_Beruflexikon3_hochschulberufe_2010_2011.pdf, dl 14.9.2014
14. *Besemer* (1996): Christoph Besemer, „Mediation - Vermittlung in Konflikten“. Freiburg: Werkstatt für gewaltfreie Aktion, 1996.
15. *Bohnet* (Anregungen): Bernd Bohnet, „Anregungen“: <http://bohnet-mediation.de/downloadsfree/bohnetstellungnahme.pdf>, dl: 14.9.2014
16. *Bohnet* (Güterichter als Rechtsbrecher?): Bernd Bohnet, <http://www.in-mediation.eu/gueterichter>, dl: 06.08.12
17. *Bohnet* (Infogespräch): Bernd Bohnet, „Das kostenlose Infogespräch“; Videovortrag in <http://www.in-mediation.eu/das-kostenlose-infogesprach>, dl: 23.5.2013 auch: <http://www.youtube.com/watch?v=DB03XK0Z5aE&feature=share&list=PLF8235C587FABCBE6&index=1> dl: 20.5.2014
18. *Bohnet* (Mediation in der Resteverwertung): Bernd Bohnet, www.in-mediation.eu/gesetz-zur-forderung-der-mediation, dl: 06.08.12
19. *Bohnet* (MediationsG): <http://bohnet-mediation.de/downloadsfree/2012-06-27%20Vermittlungsausschuss%20Beschluss%20Mediation.pdf> dl: 07.08.12
20. *Bontrup* (Konkurrenz): Heinz-J. Bontrup, „Der tödliche Stachel der Konkurrenz“, <http://www.fr-online.de/doku---debatte/der-toedliche-stachel-der-konkurrenz,1472608,2864006.html> dl: 25.8.2012
21. BR Pressemitteilungen: <http://www.bundesrat.de>
22. BR-Drucks.: Drucksache des Bundesrates; <http://www.bundesrat.de/DE/service/archiv/bv-archiv/bv-archiv-node.html>
23. *Breidenbach* (Mediation): Stephan Breidenbach, „Mediation, Struktur, Chancen und Risiken von Vermittlung im Konflikt“, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 1995
24. *Brunet/Craver* (ADR): *Brunet* Edward & Charles B. Craver, „Alternative Dispute Resolution: The advocate's perspective“, Contemporary Legal Education Series, Michie Law Publishers, Charlottesville, 1997
25. BT-Drucks.: Drucksache des Bundestags; www.bundestag.de/drs
26. *Busche* (BGB): Dr. Jan Busche in „Münchener Kommentar zum BGB“, 6. Auflage 2012, C.H. Beck Verlag
27. *Busemann*, ZKM 2012, 55 ff.
28. BWP: BWP - Berufsbildung in Wissenschaft und Praxis Aktuell und umfassend - Information und Recherche zur Berufsbildung Die Zeit-

- schrift des Bundesinstituts für Berufsbildung;
<http://www.bibb.de/veroeffentlichungen/de/bwp/show/id/1683bdl> 24.4.2014.
29. *Carl*: Eberhard Carl, ZKM 2012, 16 (19),
 30. *Cepej*: European juridical systems, Edition 2012, Council of Europe publishing, Efficiency and quality of justice
 31. *Craig* (EFT Handbuch): Gary Craig, „Handbuch EFT“, EFT-Edition 2008, www.eft-edition.de
 32. *Deckenbrock*, Tätigkeitsverbote bei nichtanwaltlicher Vorbefassung, AnwBl 1 / 2009
 33. *Deckenbrock*: Tätigkeitsverbote bei nichtanwaltlicher Vorbefassung, AnwBl 1 / 2009, Seite 16.
 34. *Dict* (Begriff): Online Wörterbuch <http://www.dict.cc/> + Begriff
 35. *Diop/Steinbrecher* (Mediationsgesetz): Dr. Denis Diop und Dr. Alexander Steinbrecher, „Ein Mediationsgesetz für Deutschland“: Impuls für die Wirtschaftsmediation? Verlag Recht und Wirtschaft, Frankfurt, BB 2011, 131-139
 36. *Doetsch* (Mediation): Dr. Peter Doetsch, „Mediation intern oder extern?“, personalmagazin 02/11,
 37. *Driehaus*: Prof. Dr. Hans-Joachim Driehaus, „Gemeinsame Gespräche und Einzelgespräche in der Wirtschaftsmediation“, GewArch 2005, 94-99
 38. *Duden* (Begriff):
<http://www.duden.de/suchen/dudenonline/Medianden>;
 39. *Dürschke*: Güterichter statt Mediator – Güteverhandlung und Mediation im sozialgerichtlichen Verfahren, NZS 2013, 41
 40. *Duss-von-Werdt* (1995): Joseph Duss-von-Werdt, „Bilder von Menschen und Beziehungen in der Mediation“. In: Duss-von-Werdt, J./Mähler, G./Mähler, H.-G. (Hrsg.): Mediation: Die andere Scheidung. Stuttgart 1995, S. 233-251
 41. *Duve* (Richterliche Mediation): Christian Duve, „Gesetz zur Rettung der richterlichen Mediation“, ZKM 4/2012 S. 108
 42. *Eidenmüller* (Mediationsgesetz): Prof. Dr. Horst Eidenmüller, „Ein Mediationsgesetz für Deutschland“, in „Der Betrieb“ 2012/Heft 02
 43. *Eidenmüller* (Vertrags- und Verfahrensrecht): Prof. Dr. Horst Eidenmüller, „Vertrags- und Verfahrensrecht in der Wirtschaftsmediation“ 2001, Verlag Dr. Otto Schmidt KG
 44. *Emmerich*: Prof. Dr. Volker Emmerich, BGB § 311 „Rechtsgeschäftliche und rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse“ in Münchener Kommentar zum BGB, 6. Auflage 2012
 45. *Erler & Kaufmann* (Rechtsgeschichte): Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Hrsg. von Adalbert Erler und Ekkehard Kaufmann, Bd. 5.

46. EU (Rebooting the Mediation Directive): Prof Giuseppe De Palo, <http://www.europarl.europa.eu/studies>, Im Auftrag des Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs European Parliament, Januar 2014, Brussels, European Union, 2014
47. EU-RL: Siehe Rechtsquellenverzeichnis
48. *EuroNetMed* (Mediation Act): „Analysis on EU-Legislation in Europe“, Projekthandbuch zum Vergleich der Gesetze zur Mediation in Europa, Stand: 2012, zu finden auf <http://www.in-mediation.eu/mediation-in-europa>, dl: 13.9.2014
49. *Feinstein* (EFT): David Feinstein u.a., „Klopf die Sorgen weg! Emotionale Befreiung durch EFT und Energetische Psychologie“, Reinbek 2007
50. *Fleck* (BeckOK ZPO): Beck'scher Online-Kommentar ZPO Hrsg: Vorwerk/Wolf, Stand: 15.07.2012, Edition: 5
51. *Foerste* (Güteverhandlung): Die Güteverhandlung im künftigen Zivilprozess NJW 2001, 3103 ff.
52. *Foerste* (ZPO): § 278 Gütliche Streitbeilegung, Güteverhandlung, Vergleich Musielak, ZPO, 9. Auflage 2012, Rn 1
53. *Fölsch*, Das neue FamFG in Familiensachen, 2. Aufl. 2009, § 3 Rn 57;
54. *Foster* (Mediation Styles): Katina Foster, A Study in Mediation Styles, A Comparative Analysis of Evaluative and Transformative Styles“ <http://www.mediate.com/articles/fosterK1.cfm> abgelesen am 1.9.2012
55. *Friedmann/Himmelstein* (Challenging Conflict): Gary Friedmann, Jack Himmelstein: "Loop of Understanding", Challenging Conflict Mediation Through Understanding, New York, 2008, S. 62-64
56. *Friedrich*: Fabian M. Friedrich, Schlichtungs- und Mediationsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen SchiedsVZ 2007, 31-36
57. *Fromm* (Die Kunst des Liebens): *Fromm* Erich: Die Kunst des Liebens. (dtv) 25101, S. 201ff, zitiert in <http://www.fairnessstiftung.de/pdf/Fromm.pdf> abgelesen am 1.9.2012
58. *Galster / Rupp*: Gabi Galster und Christine E. Rupp, „Streitkultur“, <http://www.economag.de/magazin/2009/5/221+Streitkultur>
59. *Gehrlein* (ZPO): Münchener Kommentar zur ZPO, 4. Auflage 2013,
60. GF-Plan Augsburg: Geschäftsverteilungsplan www.justiz.bayern.de/imperia/md/content/stmj_internet/gerichte/landgerichte/augsburg/rigv_2012__stand_01.01.2012.pdf abgelesen am 18.8.2012, Seite 24
61. *Glasl* (2011): Friedrich. Konfliktmanagement. Ein Handbuch für Führungskräfte, Beraterinnen und Berater. Haupt Verlag Bern - Stuttgart. 10. Auflage
62. *Glasl* (Eskalationstufen): http://de.wikipedia.org/wiki/Konflikteskalation_nach_Friedrich_Glasl dl: 26.3.2013

63. *Grabow*: „Das kostenfreie Informationsgespräch nach § 135 FamFG“, FPR 2011, 33
64. *Graf* (BeckOK StPO): § 100a Rn 59 – 65, Beck'scher Online-Kommentar StPO, Hrsg: Graf, Stand: 01.06.2012
65. *Greger* (Abschlussbericht): *Greger*, Abschlussbericht zur Evaluation des Modellprojektes Güterichter, <http://www.reinhard-greger.de/aber/gueterichter-abschlussbericht.pdf>, abgelesen am 20.8.2012
66. *Greger/Unberath* § 2 Rdnr 174
67. *Groth, v. Bubnoff*: Gibt es „gerichts feste“ Vertraulichkeit bei der Mediation? NJW 2001, 338 Auffassung stammt aus der Zeit vor Inkrafttreten des Mediationsgesetzes.
68. *Guckelberger*: „Einheitliches Mediationsgesetz auch für verwaltungsrechtliche Konflikte?“, NVwZ 2011, 393
69. *Hacke* (Mediationsgesetz): Andreas Hacke, „Das Mediationsgesetz ist in Kraft – Bedeutung für die Praxis“, Handelsblatt, 13.8.2013, <http://blog.handelsblatt.com/rechtsboard/2012/08/13/4736/>
70. *Haft*: Fritjof Haft, BB Beilage Heft 40/1998, S. 16.
71. *Hein* (Mediation): Katja *Hein*: Mediation als Konfliktlösung in der pädagogischen Praxis, GRIN Verlag, Seite 5
72. *Heinrich*: ZPO § 361 Beweisaufnahme durch beauftragten Richter, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, 3. Auflage 2008
73. *Henssler* (Bundesrechtsanwaltsordnung): Henssler/Prütting, „Bundesrechtsanwaltsordnung“, 3. Auflage,
74. *Henssler* (Mediation und Rechtsberatung): Prof. Dr. Martin Henssler, NJW 2003, 241, 242
75. *Henssler* (Mediationsgesetz): Prof. Dr. Martin Henssler, „Das neue Mediationsgesetz“, Handelsblatt Rechtsboard, <http://blog.handelsblatt.com/rechtsboard/2011/12/15/das-neue-mediationsgesetz/> dl: 1.9.2012
76. *Henssler*, NJW 2003, 241, 242
77. *Henssler/Deckenbrock*: DB 2012, 159 (161);
78. *Herzberg*: „Kritik der teleologischen Gesetzesauslegung“, NJW 1990, 2525
79. *Heß/Sharma*: „Rechtsgrundlagen der Mediation“, in Haft/Schlieffen, „Handbuch Mediation“, § 26 Rn. 8.
80. *Hofmann* (Vertraulichkeit): *Hofmann* Franz, Vertraulichkeit in der Mediation - Möglichkeiten und Grenzen vertraglicher Beweisverwertungsverbote, SchiedsVZ 2011, 148-152
81. *Hofmann* (2008): Grundzüge der Mediation – Konflikttheorie. In: Hofmann, Roland / Rothfisher, Doris B. / Trossen, Arthur, Mediation. Die Grundlagen der Mediation in Theorie und Praxis, Schriftenreihe für Mediation, Win-Management, Altenkirchen.

82. *Hohmann* (2001), *Praxis der Familienmediation*, Jutta Hohmann, Doris Morawe, Centrale für Mediation, Köln, 2001
83. *Hoppmann* (Parlamentarische Debatte): *Michael Hoppmann*, „Die offene parlamentarische Debatte: Herleitung, politische Vorbilder und gesellschaftliche Aufgabe“, <http://www.streitkultur.net/opd-service/hintergrund-und-ablauf/>, dl: 13.3.2013
84. *Horn*: Anwaltliche Werbung mit dem Titel „Mediator“ NJW 2007, 1413
85. *Horndasch/Viefhues/Horndasch*, FamFG, 2. Aufl. 2011, http://www.bundestag.de/presse/hib/2011_11/2011_495/02.html
86. *Janisch*, SZ v. 15. 12. 2011, S. 1
87. *Jaspersen* (BeckOK): Jaspersen in Beck'scher Online-Kommentar ZPO, Hrsg: Vorwerk/Wolf, Stand: 15.07.2012
88. *Jauernig* Vorbemerkungen zu §§ 652 ff BGB, Bürgerliches Gesetzbuch 14. Auflage 2011 Rn 1
89. *Jenkel* (Streitschlichtungsversuch): Carolin Jenkel, Der Streitschlichtungsversuch als Zulässigkeitsvoraussetzung in Zivilsachen, S. 267 Juristische Reihe TENEÄ www.jurawelt.com Band 16
90. Jochen *Okraß*, Der Steuerberater als Mediator, http://www.berufsrecht-steuerberater.com/media/files/pdf/65-Mediator_jo.pdf abgelsen am 1.9.2012
91. *Jorio*, Luigi; Wenn sich Mediatoren auf die Füße treten, swissinfo.ch, 10. Mai 2013 . The idea is
92. *Jost*, (Mediationsgesetz): Jost Fritz, Das Mediationsgesetz und die Haftungsfrage, ZKM 6/2011 S. 168
93. Justiz Bayern (Information zum Modellprojekt "Güterichter") http://www.justiz.bayern.de/imperia/md/content/stmj_internet/gerichte/landgerichte/bamberg/mediation.pdf
94. *Kalthoener/Büttner/Wrobel-Sachs*, Prozess- und Verfahrenskostenhilfe, Beratungshilfe, 5. Aufl. 2010, Rn. 627 im Falle einer vom Gericht angeregten Mediation;
95. *Kiedrowski*: Dr. von Kiedrowski, „Das anwaltliche Berufsrecht“, Skript S. 24, http://www.rak-berlin.de/site/DE/int/PDF_Mitglieder/Skript_Anwaltsrecht_Kiedrowski.pdf, dl: 1.9.2012
96. *Kirchhoff / Schroeter*: Lars Kirchhoff, Kirsten Schroeter, Lehrmodul 4 „Mediationswissenschaft? Zwischen Wissenschaftstheorie und Pragmatismus“ ZKM 02/2006, S. 58
97. *Kirchhoff / Schroeter*: Lars Kirchhoff, Kirsten Schroeter, Lehrmodul 4, „Mediationswissenschaft? Zwischen Wissenschaftstheorie und Pragmatismus“ ZKM 02/2006, S. 56
98. *Kleine-Cosack*, BRAO, 3. Aufl.,
99. *Knöfel*: „Gilt das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen auch für Tätigkeiten außerhalb des Anwaltsberufs?“ NJW 2005, 6 - beck-online;
100. *Koch* ZKM 2007, 71;

101. *König*: Ute König, „Zur Bestimmung des Schiedsvertragsstatuts bei fehlender Gesetzesgrundlage nach Inkrafttreten der Rom I-Verordnung“, *SchiedsVZ* 2012 (3), S. 129, 130 ff.
102. *Krabbe* (Kurzmediation): Heiner Krabbe, „Kurz-Mediation - Die Kunst der Gesamt-Mediation in einer Sitzung“, http://www.konfliktbehandlung.de/uploads/568_kurz-mediation-.pdf dl: 13.3.2013
103. *Kracht* (2009): Kracht, Stefan; „Rolle und Aufgaben des Mediators – Prinzipien der Mediation“ in: Haft, F./Schlieffen, K. (Hrsg.), *Handbuch Mediation*. 2. Auflage, C.H. Beck, München 2009.
104. *Krämer* (Stellungnahme)
http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a06/anhoerungen/archiv/10_Mediation/04_Stellungnahmen/Stellungnahme_Kr_mer.pdf gelesen am 06.08.12
105. *Kramer*, Dr. Helmut, ROLG a.D. in: Anhörung des Rechtsausschusses zum Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsberatungsrechts BT-Drucks. 16/3655:
<http://www.kramerwf.de/Stellungnahme-zum-RDG.183.0.html> abgelesen am 1.8.2012.
106. *Kuhn* (Konflikt): Hubert Kuhn, „Das Problem mit dem Konflikt..., Konflikte systemisch und dynamisch lösen“, in: *Blätter der Wohlfahrts-pflege*, 1999, 3-4/9, 146 Jg., "Mediation", 55-57 1
107. *Kuhne*, Florian: „Solon - Wegbereiter der (attischen) Demokratie?“, GRIN-Verlag
http://books.google.de/books?id=H1q5CXhKjD0C&pg=PA6&lpg=PA6&dq=Solon+zum+Vermittler&source=bl&ots=_9y5zaFeO8&sig=Fhm0hCNn9eVRgDetZcU_1_1dYCW&hl=de#v=onepage&q=Solon%20zum%20Vermittler&f=false, abgelesen am 20.8.2012
108. *Kuyper* (2013): Gerard *Kuyper* Vortrag auf der Konferenz „Mediation – an efficient tool for business conflicts“ am 23.5.2013 in Riga
109. *Lambrette* (Studie): *Lambrette, Herrmann, Studie*: Katrin Lambrette & Melanie Herrmann, Eine explorative Studie, zur Akzeptanz von Wirtschafts- und Arbeitsmediation in Deutschland, Technische Universität Dresden, Fakultät Mathematik und Naturwissenschaften Fachrichtung Psychologie, Diplomarbeit, 2002-05-01
110. Landgericht Göttingen http://www.landgericht-goettingen.niedersachsen.de/portal/live.php?navigation_id=17029&article_id=99384&_psmand=102 Landgericht Osnabrück http://www.landgericht-osnabrueck.niedersachsen.de/portal/live.php?navigation_id=22469&article_id=111370&_psmand=157 beide abgelesen am 30.4.2013
111. *Lang-Sasse* (2013): *Mediationsstile*: Regine Lang-Sasse, *Mediationsstile und deren Merkmale*, ZKM 2/2013, 54 ff.

112. *Lapp* (Haftungsfalle): Haftungsfalle im neuen Mediationsgesetz, Dr. Thomas Lapp, 28.03.2011, <http://blog.beck.de/2011/03/28/haftungsfalle-im-neuen-mediationsgesetz> abgelesen am 13.3.2013
113. *Lapp* Dr. Thomas, *JurisPR-ITR 2/2011 Anm. 4 = jurisPR extRechtsanwalt 2011, 80-81*
114. *Lapp*, in: *Juris Praxiskommentar BGB*, Rn. 48 zu § 307 BGB.
115. *Larionescu* (Streitschlichtung): Loredana *Larionescu*, Die neue Pflicht zur Streitschlichtung - Entlastung der Gerichte oder Behinderung des Zugangs zum Verfahren?, <http://www.zoro.ro/index.php?pg=news&art=4958&amnt=1&rub=Rechtliches>, dl: 13.3.2013.
116. *Leininger / Amann* (Spieltheorie): Einführung in die Spieltheorie, Prof. Dr. Wolfgang Leininger und PD Dr. Erwin Amann, Lehrstuhl Wirtschaftstheorie Universität Dortmund, http://www.wiso.tu-dortmund.de/wiso/mik/Medienpool/de/materialien/spieltheorie_1/spiele1_ws07_08_skript.pdf
117. *Leipold* (ZPO): in *Stein/Jonas, Zivilprozeßordnung*, 21. Aufl., Bd. 3, § 279 I, Rn.: 2
118. *Leipold*: „Das Zeugnisverweigerungsrecht“, *NJW-Spezial* 2005, 231
119. *Lenz* (2010): *Cristina Lenz in Lenz/Salzer/Schwarzinger, Konflikt - Kooperation - Konsens: Über die Mediation hinaus: Das Modell der Cooperative Practice* Leutner, Ulrich Verlag, 1. Auflage
120. *Leutheusser-Schnarrenberger*, Pressemitteilung: Freie Fahrt für die Mediation in Deutschland, *BMJ*, 01.07.2012, http://www.bmj.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2012/20120701_Freie_Fahrt_fuer_die_Mediation_in_Deutschland.html, abgelesen am 2.4.2013
121. *Leutheusser-Schnarrenberger*: „Justizministerin lobt Mediationsgesetz“, *Handelsblatt*, 12.09.12
122. *Leutheusser-Schnarrenberger*: *Legal Tribune ONLINE*, 19.07.2010,
123. *Lewinski* (Berufsrecht): Kai von *Lewinski*, *Berliner Schriften zum Anwaltsrecht*, Grundriss des anwaltlichen Berufsrechts 2. Auflage Nomos Verlag, Seite 66
124. *LG Hamburg LG Hamburg*: Mediation ohne Rechtsberatungserlaubnis, *NJW-RR* 2000, 1514
125. *Lieber* (Schiedsamt): Grußwort des Staatssekretärs für Justiz in Berlin, Hasso Lieber, in der Festveranstaltung „180 Jahre Schiedsamt“ am 27. September 2008 in Suhl
126. *Lindow*: Matthias Lindow *Trainer-Kontakt-Brief 3/03 - Nr. 42*
127. Liste der Mediationsbeauftragten: <http://www.justiz.bayern.de/media/pdf/presse-und-medien/mediationsbeauftragte.pdf> abgelesen am 27.2.2013

128. Liste der Mediationsbeauftragten:
<http://www.justiz.bayern.de/media/pdf/presse-und-medien/mediationsbeauftragte.pdf> abgelesen am 27.2.2013
129. *Lobodenjuk*, NJW 2006, 113 (115 f.) m.w.N.; BGH, NJW 2000, 3560
130. Ludwigsburger Erklärung zur Mediationskostenhilfe, 19.11.2011,
http://www.bmev.de/index.php?id=aktuelles_im_bm&tx_ttnews%5Byear%5D=2012&tx_ttnews%5Bmonth%5D=11&tx_ttnews%5Bt_news%5D=192&tx_ttnews%5BbackPid%5D=50&cHash=64a464f91262b9c02e5ac00c8422c83 abgelesen am 13.3.2013
131. *Mähler (1999)*: Dr. Georg Mähler, KON:SENS, Zeitschrift für Mediation, Haufe Verlag, 1999
132. Mähler in Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 36 Rdnr. 109
133. Mähler/Mähler (2009),
134. *Malinowski*: Robert Malinowski, „Der mediative Führungsstil, Illusion oder Perspektive?“, Verlag tredition GmbH, Hamburg, 2013
135. *Manstein* (Der öffentlich-rechtliche Vertrag): Wolfram Manstein Der öffentlich rechtliche Vertrag in der Praxis des NotarsMittRhNotK 1995, 1
136. *Marx* (2010): Marx, Ansgar, (2010). Das Prinzip der Freiwilligkeit der Mediation. In Zeitschrift für Konfliktmanagement, Heft 5, S. 132 - 136
137. *Maslow*, Abraham Harold: 1908- 1970, amerikanischer Psychologe
138. *Mason*: Institutional vs. 'ad hoc' arbitration: *Pinsent Mason*,
<http://www.out-law.com/en/topics/projects--construction/international-arbitration/institutional-vs-ad-hoc-arbitration/>, abgelesen am 13.4.2013
139. *Mass, Der Psychotherapieratgeber*: Klaus Mass, Der Psychotherapieratgeber, Was ist der Unterschied zwischen Psychologe, Psychiater und Psychotherapeut?,
<http://www.psychomeda.de/psychotherapie/psychologe-psychiater-psychotherapeut.html> abgelsen am 30.4.2013
140. Maunz-Dürig, GG Kommentar,
141. *Mayer*, Interkulturelle Mediation: Claude-Hélène Mayer, Trainingshandbuch Interkulturelle Mediation und Konfliktlösung; Waxmann Verlag,
142. MBO-Ä 1997 (Muster-)Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte in der Fassung der Beschlüsse des 114. Deutschen Ärztetages 2011 in Kiel
143. Mediation – Wann soll der Anwalt dazu raten? Jürgen Brinkamp, Karen Spillner, BRAK-Mitt. 4/2007, Seite 147
144. Mediation act: Analysis on EU Legislation by PAMB, IM and GEMME on occasion of EuroNetMed http://www.in-mediation.eu/wp-content/uploads/ANALYSIS_ON_EU_LEGISLATION_full-text-May-2012.pdf, abgelesen am 23.5.2013

145. Mediation beim Güterichter - die andere Konfliktlösung,
<http://www.schleswig-holstein.de/Justiz/DE/Service/Mediation/mediation.html> abgelesen am 30.4.2013
146. Mediation und Rechtsschutz - eine Studie, Herausgeber: "Die Mediation GmbH fairmitteln&fairfinden", 2013,
<http://www.mediation.de/rechtsschutz>, abgelesen am 10.3.2013
147. Mediationswissenschaft? Zwischen Wissenschaftstheorie und Pragmatismus ZKM 02/2006, S. 56
148. Mediationsworkshop - Wer bekommt das größte Stück vom Kuchen? gefunden auf <http://www.hav.de/termine/1997.html> am 30.4.2013
149. *Mironi* (Case Settlement): Mordehai (Moti) Mironi Mediation v. Case Settlement: The Unsettling Relations Between Courts and Mediation — A Case Study in Harvard Negotiation Law Review Vol. 19, 173 (2014).European Code of Conduct for Mediators/Europäischer Kodex für Mediatoren s. Anlage.
150. *Monssen*, in *Schmidt/Lapp/Monssen*. Mediation in der Praxis des Anwalts, Rn. 81.
151. MünchKommZPO/Heinrich ZPO § 361 Rn 7; Zöller/Greger ZPO § 278 Rn 5; Musielak/Foerste ZPO § 278 Rn 13; – aA OLG Celle RPflegler 1974, 319; Schneider NJW 1971, 1045).
152. *Musielak* (ZPO): Hans-Joachim Musielak, Musielak, ZPO, 10. Auflage 2013, Musielak (ZPO), Rn 35-36
153. *Musielak/Borth*, Familiengerichtliches Verfahren, 2. Aufl. 2011, § 135 Rn 3
154. *Myers* (Psychologie): Myers, David G. , Psychologie, Kapitel 18, S. 762 m.w.N.
155. Neue Juristische Wochenschrift
156. *Neuert* (2009): Prof. Dr. Josef Neuert, Sozio-ökonomische Analyse der „Integrierten Mediation“ als Konfliktregelungskonzept, Realtheorie, Modellkonstrukt und empirische Befunde, Wissenschaftliches Evaluationsprojekt zum Justizprojekt „Integrierte Mediation“ am OLG Koblenz, 12/2009
157. Neufassung der Mediationsordnung einschließlich der Kostenordnung, Wirtschaft – das ihK-Magazin für München und Oberbayern – 01/2013 unter Veröffentlichungen und Bekanntmachungen
158. *Neuner*: Jörg Neuner, „Was ist eine Willenserklärung?“, JuS 2007, 881
159. *Nickel* MDR 2010, 1227, 1231. Der Beschluss des OLG Köln vom 3.6.2011 II-25 UF 24/10, 25 UF 24/10 enthält eine gute und vollständige Übersicht über die Meinungen der Rechtsprechung und Literatur.
160. *Nolte* (Mediationsgesetz) Dr. Jakob *Nolte*, Das neue Mediationsgesetz und die Verweisungssystematik der VwGO, HFR 2012, S. 23
161. *Nörber* (Peer-Education): Martin *Nörber* (Hrsg.): Peer-Education, Votum Verlag (Münster) 2003

162. *Norm: AnwG Mecklenburg-Vorpommern: Beschluss vom 01.08.2007 - 1 AG 6/07, NVwZ 2011, 390*
163. *Oeming Uni-Spiegel*: Prof. Dr. Manfred Oeming, Uni Spiegel, Wissenschaftlich-Theologisches Seminar, <http://www.uni-heidelberg.de/presse/ruca/ruca03-3/auge.html> abgesehen am 30.4.2013
164. *Offermann-Burkart*: Interessenkollision NJW 2010, 2489;
165. *Palandt-Sprau*: § 675 Rn. 24, Einf. Vor § 611 Rn. 21.
166. *Peters* (Selection): How to select the best mediator: Brandon S. Peters, e-book (Download)
167. *Piron, Psychotherapie und Meditation*: Harald Piron, Psychotherapie und Meditation, http://www.zentrum-fuer-psychothese.de/psychotherapie_meditation.html abgelesen am 30.4.2013
168. *Plassman (2003): Ansgar A. Plassmann*, Klientenzentrierte Gesprächsführung, Universität Duisburg-Essen, 2003
169. PM Dt. Bundestag: Pressemitteilung des Dt. Bundestages
170. *Pohlmann* (Mediation): Nina *Pohlmann*, Neue Wege der Mediation, Grin Verlag,
171. *Ponschab-Seufert*: Dr. Reiner Ponschab und Robert Seufert: Chancen und Risiken der Mediation für Rechtsanwälte, 11.10.2007, Deubner Verlag, Recht und Praxis,
172. Pressemitteilung des Ministeriums der Justiz in Bayern <http://www.justiz.bayern.de/presse-und-medien/pressemitteilungen/archiv/2013> abgelesen am 27.2.2013
173. Pressemitteilung des Ministeriums der Justiz in Bayern vom 8.2.2013 <http://www.justiz.bayern.de/presse-und-medien/pressemitteilungen/archiv/2013/43.php> abgelesen am 27.2.2013
174. Projektbeschreibung (Bayerisches Staatsministerium der Justiz): Projektbeschreibung des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz, abgedruckt im *Greger*, Abschlussbericht zur Evaluation des Modellversuchs Güterichter, Seite 3
175. Protokoll zur Sitzung des Bundesrates Bundesrat – 898. Sitzung – 29. Juni 2012, Seite 317
176. *Prütting*, AnwBl 2012, ANWBL Jahr 2012 Seite 204; *Henssler/Deckenbrock*, DB 2012, DB Jahr 2012 Seite 159 (DB Jahr 2012 Seite 160); *Carl*, ZKM 2012, 16; *Ortloff*, Editorial NJW Heft 3/2012
177. *Prütting*, AnwBl. 2012, 204 (206),
178. *Prütting*, ZPO § 286 Freie Beweiswürdigung, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, 3. Auflage 2008, Rdnr. 164
179. *Prütting/von Olenhusen*, Deutsche Richterzeitung 2009, S. 361, 360
180. RA Braune <http://www.ra-braune.de/Wordpress/archives/1265>.

181. Ratgeber (anwaltliche Pflichten):
<http://anwaltverein.de/downloads/Ratgeber/AnwaltspflichtenuAnwaltshaftung.pdf>, dl: 10.3.2013
182. RDG vom 12.12.2007 (BGBl. I S. 2840), in Kraft getreten am 18.12.2007
183. Regine *Lang-Sasse*, Mediationsstile und deren Merkmale, ZKM 2/2013, 54 ff.
184. *Rehm* (Schiedsgerichtsbarkeit): Rehm, Dr. Florian Nikolaus; „Die Schiedsgerichtsbarkeit im Rechtssystem“, Nomos Verlag, 2009
185. *Reinelt* (ZAP Kolumne): Prof. Dr. Ekkehart Reinelt, ZAP Kolumne 2010
186. Rennen/Caliebe, RBERG, 2. Aufl. Art. 1 § 1 Rn. 24 m.w.N.
187. Report Psychologie [26] 7/2001 = <http://www.bdp-verband.org/html/aktuell/politik/politik6.html> dl: 13.9.2014 Henssler: Mediation und Rechtsberatung, NJW 2003, 241, 242
188. Report, Alternative Dispute Resolution: Mediation and Conciliation, LRC 98-2010, S. 7
189. *Richter*, Mediation: Toralf Richter, Mediation: Einvernehmliche Lösung statt Rechtsstreit, 12.1.2011, <http://www.aspect-online.de/artikel/mediation-einvernehmliche-loesung-statt-rechtsstreit/> abgelesen am 18.3.2013
190. Richtlinie 2008/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2008 über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen.
191. Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt vom 12. Dezember 2006 (2006/123/EG).
192. Risse (Zugang zur Mediation): Jörg Risse, Zugang zur Mediation? in Recht gestern und heute: Festschrift zum 85. Geburtstag von Richard Haase, S. 309
193. Risse / Wagner (2009): Risse, Jörg und Wagner, Christof „Mediation im Wirtschaftsrecht. In: Haft, F./Schlieffen, K. (Hrsg.), Handbuch Mediation. 2. Auflage, C.H. Beck, München 2009.
194. Risse, § 6 Rn 1
195. Risse, BB Beil. zu H. 27/1999, 6. wird zitiert von Henssler: Mediation und Rechtsberatung, NJW 2003, 241
196. Risse, Wirtschaftsmediation, 2003, § 9 Rn. 44
197. Risse/Bach SchiedsVZ 2011, 14 f
198. *Risse/Wagner*, Handbuch der Mediation, 2. Auflage, § 23 Rn. 93 ff. Adjudikation, Mini Trial, Early Neutral Evaluation sind in UK gebräuchliche ADR Verfahren.
199. Roger Fisher und William Ury, Getting to Yes, penguin Books, 2nd edition, S. 17ff.
200. Roland Rechtsreport: Roland Rechtsversicherungs AG, Institut für Demoskopie Allensbach, Allensbach am Bodensee, 2011
201. *Römermann*: RDG – zwei Schritte vor, einen zurück, NJW 2008, 1249

202. *Roth* JZ 2009, 805; *Kalthoener/Büttner/Wrobel-Sachs*, Prozess- und Verfahrenskostenhilfe, Beratungshilfe, 5. Aufl. 2010, Rn. 10; *Thomas/Putzo/Hüfstege*, ZPO, 31. Aufl. § 135 FamFG Rn 7; *Prütting/Helms/Helms*, FamFG, 2009, § 135 Rn 5;
203. *Röthemeyer* (Güterichterkonzept), Peter Röthemeyer, ZKM – ZEITSCHRIFT FÜR KONFLIKTMANAGEMENT 4/2012, S. 116 ff.
204. *Rother* (EFT): Gabriele und Robert Rother, „EFT-Klopfakupressur“, München 2007, S. 5
205. *Rüping / Nordholtz* (Schweigen): Hinrich Rüping, Christian E. Nordholtz, „Das Recht der Berater zum Schweigen“, DStR 2006, 1623-1624
206. S. für das Versicherungswesen § 12 Abs. 1 VomVO sowie für den Bundesverband deutscher Banken in Nr. 6 Abs. 1 der Verfahrensordnung.
207. *Scheuch*: BeckOK ZPO § 376, Rn 2 - 3, , Beck'scher Online-Kommentar ZPO, Hrsg: Vorwerk/Wolf, Stand: 30.10.2012, Edition: 8 mit Hinweisen auf Wieczorek/Schütze/Ahrens ZPO § 376 Rn 18; *Stein/Jonas/Berger* ZPO § 376 Rn 18; *MünchKommZPO/Damrau* ZPO § 376 Rn 3
208. Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 18.06.2009, 2045E-118
209. *Schlieffen* (Kongress): Prof. Dr. Gräfin von *Schlieffen*, 03-09-2005, Rechtspolitischer Kongress der Friedrich-Ebert- Stiftung vom 26. bis 28. April 2002 in Karlsruhe, <http://www.rechtspolitischer-kongress.de/koo/k-a1-2-i.htm> abgelesen am 1.9.2012
210. *Schlosser*, a.a.O., NJW 2002, 1376, 1378
211. *Schlosser*, Anwaltsrechtliches Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen, NJW 2002, 1376, 1378
212. *Schlosser*, Anwaltsrechtliches Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen, NJW 2002, 1376, 1378
213. *Schmidt-Bleibtrau/Hofmann/Hopfau*, GG Kommentar, 11. Aufl. 2008, 214. *Schmidt/Lapp/Monssen* (Mediation): *Lapp* in *Schmidt/Lapp/Monssen*, Mediation in der Praxis des Anwalts, § 7 X.
215. *Schöbener*: Prof. Dr. Burkhard Schöbener, Köln, GewArch 2011, 49-56
216. *Schoen* (Konfliktmanagementsysteme): Dr. Torsten Schoen, Konfliktmanagementsysteme für Wirtschaftsunternehmen – Aus deutscher und US-amerikanischer Sicht. Centrale für Mediation 2003. S. 152 f.
217. *Schumacher* (Staudinger): Robert *Schumacher*, § 311b Abs 1, Staudinger, BGB - Neubearbeitung 2011, Rn 328 – 329
218. *Schwarz* (2001): Schwarz, Gerhard. Konfliktmanagement, Konflikte erkennen, analysieren, lösen. Wiesbaden: Gabler Verlag, 2001.
219. *Schweitzer* in *Ha Konfliktmanagementsysteme: genskripte Andere Auffassung Trossen* in
220. *Seidel* (RDG): Karin Seidel, „Rechtsdienstleistungsgesetz - mehr Rechtssicherheit für Dienstleister und Nichtanwält“, <http://www.akademie.de/wissen/rechtsberatungsverbot->

- haftungsrisiko-freiberufler-gewerbetreibende-dienstleister/erlaubte-rechtsdienstleistungen dl: 1.10.2012
221. *Sensburg*, Dr. Patrick, *Steffen*, Sonja, *Wunderlich*, Jörn, *Ahrendt*, Christian und *Hönlinger*, Ingrid in Drucksache 17/8058
222. *Sievers* (stoisch): <http://neueswort.de/stoisch/>
223. *Singer* (Staudinger): Reinhard Singer, Staudinger BGB, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungs-gesetz und Nebengesetzen, Neubearbeitung 2011,
224. *Sonnenberger*, EGBGB Art. 6 Öffentliche Ordnung (ordre public), Münchener Kommentar zum BGB, 5. Auflage 2010, Rdnr. 17
225. *Spangenberg* FamRZ 2009, 834;
226. *Spickhoff*: Postmortaler Persönlichkeitsschutz und ärztliche Schweigepflicht, NJW 2005, 1982
227. *Stadler* (ZPO): § 251 Ruhen des Verfahrens, Musielak, ZPO, 9. Auflage 2012, Rn 5
228. *Stangl* (Mediation): Werner Stangls Arbeitsblätter, Mediation, <http://arbeitsblaetter.stangl-taller.at/KOMMUNIKATION/mediation-psychologisch.shtml> abgelesen am 1.3.2013
229. Stiftung Warentest „145 Angebote im Vergleich“ test.de/2013
230. Stiftung Warentest test.de/2013, www.test.de/mediation_produktfinder
231. *Stürmer*, Die Vereinbarung von Verfahren privater Streitbeilegung, Dissertation, Seite 80, <http://kups.ub.uni-koeln.de/2494/1/DissertationPhilippHeinrichStuermer.pdf>
232. Susskind, Cruikshank (1987): Susskind, L. & Cruikshank, J., Breaking the Impasse. Consensual Approaches to Resolving Public Disputes. New York.
233. Technik des präzisen Zuhörens <http://www.in-mediation.eu/prazises-zuhoren> abgelesen am 27.2.2013
234. *Tesler* (2001),
235. Thomas *Heilmann*, Plenarprotokoll Bundesrat – 898. Sitzung – 29. Juni 2012, Seite 315
236. *Tillmanns* (Dienstvertrag), Kerstin Tillmanns, Strukturfragen des Dienstvertrages: Leistungsstörungen im freien Dienstvertrag und im Arbeitsvertrag S. 215, Mohr Siebeck, 2007
237. *Tillmanns* (SGB VIII § 17): Beratung in Fragen der Partnerschaft, Trennung und Scheidung, Tillmanns in Münchener Kommentar zum BGB, SGB VIII § 17, 6. Auflage 2012
238. *Towfigh* (Komplexität): Emanuel Vahid *Towfigh*, Komplexität und Normenklarheit – oder: Gesetze sind für Juristen gemacht, May 2008, Erschienen in: Der Staat 1/2009, S. 29 ff., Max Planck Institute for Research on Collective Goods, Kurt-Schumacher-Str. 10, D-53113 Bonn <http://www.coll.mpg.de>

239. *Trenczek* (2009): Professor Dr. Thomas Trenczek, „Einvernehmliche Regelungen in Familiensachen – Neue Anforderungen durch das FamFG“, FPR 2009, 335
240. *Trenczek*: Thomas Trenczek, ZRP 2008, 186ff
241. *Trossen* (Alternative): Arthur Trossen, „Die Mediation ist Die oder Keine Alternative“, ZRP 1/2012, S. 23
242. *Trossen* (CBM): Arthur Trossen (Hrsg.), „CBM Handbuch“, Handbuch zur Cross Border Mediation, erstellt und co-finanziert i.R.d. EU-Projektes „EuroNetMed“, Integrierte-Mediation e.V., 2012
Siehe Wikipediatioon (EuroNetMed)
243. *Trossen* (Die Schlacht um die Mediation): Arthur Trossen in ZKM 6/2009, Zeitschrift für Konfliktmanagement
244. *Trossen* (Die Schlacht um die Mediation): Arthur Trossen, „Die Schlacht um die Mediation“ in ZKM 6/2009
245. *Trossen* (Güterichter): Arthur Trossen, „Oh Gott, der Güterichter!“ <http://www.in-mediation.eu/der-guterichter>
246. *Trossen* (Integrierte Mediation): Arthur Trossen, „Integrierte Mediation“ in Haft/Schlieffen (Hrsg.), „Handbuch Mediation“, C.H. Beck-Verlag, § 40, S. 963 ff. 2. Auflage, 2009
247. *Trossen* (Kommunikationsmodelle): Arthur Trossen, „Kommunikationsmodelle der Mediation“, www.in-mediation.eu/kommunikationsmodelle dl: 30.4.2013
248. *Trossen* (Kooperation): Arthur Trossen, „Wege zur Kooperation“, Win-Management GmbH – Verlag, 1. Auflage, Altenkirchen, 2012,
249. *Trossen* (Medi & Ator): Eine Satire zur Handhabung der Mediation, www.in-mediation.eu und www.win-management.de
250. *Trossen* (Mediācija): Mediācija: izpratne un jēdziens latviešu valodā Publicētis: Jurista Vārds, 25.07.2006 29 (432), Problēmas. Risinājumi
251. *Trossen* (Mediation Act): Arthur Trossen, „Practical Issues and Shortcomings oft he New 2012 German Mediation Act“ in Prof. Dr. Frank Diedrich (Hrsg.), „The Status Quo of Mediation in Europe and Overseas“, Verlag Dr. Kovac, Hamburg 2014
252. *Trossen* (Mediation den Mediatoren): Arthur Trossen, „Mediation den Mediatoren“, Kon:sens, Herausgeber: Rudolf Haufe Verlag, 1998,
253. *Trossen* (Mediation den Mediatoren); Arthur Trossen in Kon:sens 10/1998, Herausgeber: Rudolf Haufe Verlag
254. *Trossen* (Mediation einsichtig): Arthur Trossen (Hrsg.) „Mediation einsichtig“, erscheint in der Buchreihe „Compendium Mediationis V“; Win-Management GmbH – Verlag. Voraufgabe: Iris Berger und Werner Schieferstein, HALTUNG
255. *Trossen* (Mediation grundlegend): Trossen, Arthur (Hrsg.); „Mediation grundlegend“ in Compendium Mediationis Band I,

256. *Trossen* (Mediation visionär): Arthur Trossen (Hrsg.); „Mediation visionär“ erscheint in der Buchreihe Compendium Mediationis Band VII, Win-Management GmbH - Verlag, angekündigt
257. *Trossen* (Mediation von hinten): Arthur Trossen, <http://www.in-mediation.eu/mediation-von-hinten> dl: 1.9.2012
258. *Trossen* (Mediationsgesetz) Videovortrag über die Entstehung des Mediationsgesetzes, youTube <http://youtu.be/0CgBcxTj-TI?list=UUIaRQXEP71aQKJ1Sl6EA7gA> ...
259. *Trossen* (Meilenstein): Trossen, Arthur; „Das neue Mediationsgesetz – Der Meilenstein“, *Vermögen & Steuern* 3/2011 S. 32
260. *Trossen* (Mein Mac und die Mediation): Arthur Trossen, „Mein Mac und die Mediation“, *Perspektive Mediation*, Heft 1/2012
261. *Trossen* (Mythen): Falsche Mythen, siehe <http://www.in-mediation.eu/falsche-mythen> und <http://www.in-mediation.eu/falsche-mythen-der-mediation-2>, dl: am 23.5.2013
262. *Trossen* (präzises Zuhören): Technik des präzisen Zuhörens <http://www.in-mediation.eu/prazises-zuhoren> abgelesen am 27.2.2013 auch Videovortrag <http://youtu.be/cjkh-KXpme>.
263. *Trossen* (Professionalisierung): Arthur Trossen, „Die Zukunft und Professionalisierung der Mediation – Einbeziehung statt Ausgrenzung“ in in Schlieffen (Hrsg.), „Professionalisierung und Mediation“, Verlag C.H. Beck, München, 2010
264. *Trossen / Diedrich* (Mediationsvertrag): Arthur Trossen und Prof. Dr. Frank Diedrich, „Der Mediationsvertrag“, Win-Management GmbH - Verlag, Altenkirchen, 2013
265. *Trossen / Kempf* (Integration): Trossen, Arthur/Kempf, Eberhard: Integration der Mediation in förmli. Familiengerichtsverfahren, Altenkirchener Modell, ZKM 2000, 166.
266. *Trossen*(Qualitätsdiskussion): Arthur Trossen, „Qualitätsdiskussion – Suggestion statt Irritation?“ in „Perspektive Mediation“, Heft 3/ 2013, S. 165 ff
267. *Trossen/Käppele*: ZRP 2006, 97 ff
268. *Ulrici*, Münchener Kommentar zum FamFG, § 36 Rdnr. 10, 2. Auflage 2013
269. *Ulrici*: Münchener Kommentar zur ZPO, 4. Auflage 2013
270. *Unberath* (Mediationsklauseln): Prof. Dr. *Unberath*, Mediationsklauseln in der Vertragsgestaltung, NJW 2011, 1320
271. *Vollmer* (berufliche Bildung): Kirsten Vollmer, „Mediation im Blickfeld beruflicher Bildung“, BWP 2004/4 S. 38
272. *Wagner* (Vertraulichkeit): „Sicherung der Vertraulichkeit von Mediationsverfahren durch Vertrag“, NJW 2001, 1398
273. *Wagner*: ZKM 2010, 172,174
274. *Wahrig*: Gerhard Wahrig, „Deutsches Wörterbuch“

275. *Walz* (Interessenkoordination): *Walz*, „Interessenkoordination durch Notare“ NJW 2002, 3446
276. *Wesche*: Steffen Wesche, „Zwangsschlichtung oder Schlichtungsanreiz?“, ZRP 2004, 49
277. *Weth* (ZPO): § 78 Anwaltsprozess, Musielak, ZPO, 9. Auflage 2012
278. *Wieser*: MDR 2002, 10 (Vorsitzender).
279. Wikipedia (Begriff): Fundstellen ergeben sich aus der Domain <http://de.wikipedia.org/wiki/> zuzügl. dem angegebenen Begriff
280. Wikipediatio(n) (Begriff): Wiki zur Mediation; Fundstellen ergeben sich aus der Domain [www.wikipediatio\(n\).org/wiki/](http://www.wikipediatio(n).org/wiki/) zuzügl. dem angegebenen Begriff
281. *Winzek* (Telefonmediation): Silke *Winzek*
[http://telefonmediation.wordpress.com/was-ist-telefon-mediatio\(n\)-2/](http://telefonmediation.wordpress.com/was-ist-telefon-mediatio(n)-2/) abgelesen am 18.3.2013
282. *Würdinger* (Münchener Kommentar): Münchener Kommentar zum BGB, 6. Auflage 2012 Rn 6-7
283. *Zehle* (Wirtschaftsmediation): Klaus Olaf Zehle, „Wirtschaftsmediation, Chancen und Auswirkungen des Mediationsgesetzes“, Diplom.de Verlag, Masterarbeit, Hamburg 2012
284. ZIF (Exemplarischer Beitrag): „Zusammenwirken im Familienkonflikt“, Interdisziplinäre Arbeitsgemeinschaft <http://www.zif-online.de/index.php/mediation>, dl: 28.1.2014

Abkürzungen

a.a.O.	am angegebenen Ort
a. Grd.	auf Grund
Abs.	Absatz
ADR	Alternative Dispute Resolution (Oft als außergerichtliche Konfliktbeilegung übersetzt)
AGH	Anwaltsgerichtshof
AmtshilfeRLUmSG	Amtshilferichtlinien-Umsetzungsgesetz
B to B (B2B)	Business to Business
B to C (B2C)	Business to Consumer
BATNA	Best Alternate to Negotiated Agreement
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt

BM	Bundesverband Mediation
BMJ	Bundesjustizministerium
BORA	Berufsordnung für Rechtsanwälte
BOST	Berufsordnung der Steuerberater
BR	Bundesrat
BR-Drucks.	Deutscher Bundesrat Drucksachen
BT	Bundestag
BT-Drucks.	Deutscher Bundestag Drucksachen
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Band, ab Seite, (zitierte Seite)
CL	Kooperative Praxis (cooperative law oder cooperative practice)
CP	Siehe CL
DJT	Deutscher Juristentag
dl	Download (Ableседatum bei Web-Zitaten)
DL-InfoV	Dienstleistungs-Informationspflichten-Verordnung
EGBGB	Einführungsgesetz zum BGB
EGZPO	Einführungsgesetz zur ZPO
EMNI	European Mediation Network Initiative
EU	Europäische Union
EU-RL	EU Direktive (Richtlinie)
EU-DL-RL	EU Dienstleistungsdirektive
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
ff.	fortfolgende
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz

HK	Handwerkskammer
i.S.d.	im Sinne des
i.R.d.	im Rahmen der /des
i.d.R.	in der Regel
i.V.m.	in Verbindung mit
IHK	Industrie und Handelskammer
In-Mediation	Integrierte Mediation
MA	Mediationsabreden
MAV	Mediationsabschlussvereinbarung
MDV	Mediationsdurchführungsvereinbarung
MediationsG	Mediationsgesetz
MFG	Mediationsförderungsgesetz
MKH	Mediationskostenhilfe
NDA	Non Disclosure Agreement
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
OFD	Oberfinanzdirektion
ODR	Online Dispute Resolution
PartGG	Gesetz über Partnerschaftsgesellschaften
PKH	Prozesskostenhilfe (siehe VKH)
RA / RÄin	Rechtsanwalt / Rechtsanwältin
RDG	Rechtsdienstleistungsgesetz
Rn / Rdnr	Randnummer
RVO	Rechtsverordnung
S.	Satz (im Gesetzestext) / Seite (in Fußnoten)
StB	Steuerberater
StBerG	Steuerberatungsgesetz
SWOT	Strengths, Weaknesses, Opportunities, Threats
ToA	Täter-Opfer-Ausgleich
UNCITRAL	Schlichtungsordnung

VKH	Verfahrenskostenhilfe (ehem. PKH)
WATNA	Worst Alternate to Negotiated Agreement
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZMediatAusbV	Verordnung über die Aus- und Fortbildung von zertifizierten Mediatoren
ZPO	Zivilprozessordnung

Index

Alphabetisches Schlagwortverzeichnis. Die Zahlenangaben beziehen sich auf die Absatznummern.

A

Abbruch, 78	Akquise, 259
Ablauf, 43	Aktenführung, 739
Ablehnungsklausel, 313	Allkompetenz, 72, 397
Abmahnung, 411, 646	Allparteilichkeit, 250, 326, 488, 514, 543, 544, 553, 573
Abschlussvereinbarung, 145, 157, 185, 188, 217, 218, 221, 270, 274, 328, 344, 345, 352, 461, 467, 474, 480, 572, 573, 848	Altenkirchener Modell, 306, 827
Abschlussvollmacht, 318, 621	Alternative, 116, 282, 420, 422, 728, 749
Abstraktionsprinzip, 182	Amtsermittlungsgrundsatz, 781
Abwehrrechte, 153	Amtsermittlungsverfahren, 721, 786
Abwicklung, 198	Amtshaftung, 781
Adäquanztheorie, 381	Amtshandlung, 237
Ad-Hoc Mediation, 128	Amtsverschwiegenheit, 810
Adjudikation, 861	Anbieter, 437
ADR, 28, 741	Anerkenntnis, 301, 812
AGB, 314	Anerkennung, 165
Akkreditierung, 661	Anerkennungshonorar, 276
	Angebot, 419, 568

- Angelegenheit, 595
Angemessenheit, 546
Angestellter, 333
Anpassungsfähigkeit, 42
Anspruchsberechtigung, 383
Anspruchsgrundlage, 351
Anstellungsvertrag, 333
Anträge, 768
Antragsrücknahme, 812
Anwaltsmediator, 229, 230, 260,
356, 364, 415, 506, 570, 596,
603, 622, 712
Anwaltsvergleich, 344
Anwendbarkeit, 516
Anwendungsrecht, 21, 156
Anwesenheit, 560
Anzeige, 641
Anzeigepflicht, 641, 642
Anzeigepflichten, 806
Arbeitgeber, 172, 255
Arbeitsbündnis, 43, 316
Arbeitsverhältnis, 600
Arbeitsvertrag, 172
Argumente, 52
Arten der Mediation, 137
Arzt, 603, 632
Assoziation, 42
asynchrone Mediation, 552
Aufgaben, 386
Auftrag, 58
Auftraggeber, 170, 255, 288
Auftragnehmer, 170, 255
Auftragsklärung, 324
Augenhöhe, 487, 488, 544
Ausbildung, 101, 252, 402, 431,
646, 654
Ausbildungsaufwand, 689
Ausbildungsberuf, 398
Ausbildungscharakter, 692
Ausbildungsinhalte, 101, 645
Ausbildungsinstitute, 654, 661
Ausbildungsmarkt, 434
Ausbildungsstandards, 101
Ausbildungszweck, 684
Ausdrucksform, 142
Auseinandersetzung, 828
Ausgrenzung, 439
Auskunftsperson, 559
Ausland, 842
Ausschlussgründe, 585
außergerichtlich, 741, 743, 749,
770
Ausstiegsszenario, 216, 506
Authentizität, 476
Autodidaktik, 646
Autonomie, 150, 154, 155, 176,
178, 515
- B**
- Balance, 488
BATNA, 506, 570
Bearbeitungstiefe, 45
Bedarf, 268, 294, 421, 427, 435,
732
Bedingungen, 63
Bedürfnis, 57
Bedürfnisse, 46, 55, 56, 57, 98,
106, 214, 509
Beendigung, 286
Befangtheit, 153, 488, 585, 594,
737
Begleiten, 491
Begriff, 79
Begründungspflicht, 751
Behörden, 175

Beibringungsgrundsatz, 618, 771
Beibringungsgrundsatzes, 809
Beistände, 556
Bekanntheitsgrad, 418
Belehrungspflicht, 639
Berater, 207, 336
Beratung, 134, 206, 207, 208,
249, 259, 358, 488, 569, 592,
593, 742, 746
Beratungsbedarf, 213
Beratungsgeheimnis, 810
Beratungsgespräch, 761
Beratungshilfe, 672
Beratungshinweis, 217
Beratungsinhalte, 216
Beratungsprivileg, 425
Beratungsqualität, 746
Beratungsstellen, 211, 406, 591,
625
Beratungsverbot, 207
Beratungsverpflichtung, 743
Bereitschaft, 744
Beruf, 450, 484, 516
Berufsausbildung, 684
Berufsausübung, 690
Berufsbezeichnung, 230, 402,
409
Berufsbild, 408, 515
Berufsfelder, 397
Berufsgeheimnisträger, 624
Berufsgesetz, 160
Berufsgruppen, 397
Berufsmediator, 396, 403, 658
Berufsrecht, 21, 156, 394, 401
Berufsverband, 407
Berufsverbände, 655
Berufungsbegründungsfrist, 794
Beschleunigungsgebot, 828

Beschwerden, 550
Bestandsaufnahme, 43
Betrachtungsweise, 177
Betriebsausgaben, 280
Betroffene, 170, 321, 322
Beurkundung, 344
Beweise, 334
Beweiserhebung, 811
Beweisermittlungsverfahren,
468
Beweismittelvertrag, 618
Beweismittelverzicht, 190
Beweisverwertung, 577
Beweisverwertungsverbot, 469,
643
Beweisverwertungsverbote, 638
Bewertung, 94
Bewertungsphase, 47
Bewusstsein, 177, 294
Beziehung, 428, 526
soziale, 744
Beziehungsfragen, 821
Beziehungskonflikt, 601, 821
Beziehungskonflikte, 464
Briefwechsel, 202

C

Case Law, 729
Caucus, 92, 129, 548, 549, 691
Causa, 173, 183, 184, 251, 267,
358, 825, 866
Checklisten, 524, 756
Clearingstelle, 798
Clearingverfahren, 168, 755, 759,
762, 790, 795
Clearinverfahren, 264
Coaching, 249, 605, 748

Cochemer Praxis, 306, 827
Code of Conduct, 164
Co-Mediation, 48, 117, 170
Container, 66, 67, 105, 120, 388,
785
Containertheorie, 105, 186, 467,
713
Cross Border Mediation., 107,
841
Cross Border Mediation), 841
Cross-Border-Mediation., 842

D

Dauer, 89
Dauerschuldverhältnis, 197
Deeskalation, 757
Definition, 36, 404
Berufsverband, 407
Erfolg, 269
Güterichter, 778
Güterichterverhandlung, 768
Informiertheit, 509
Interessen, 55
internationale Mediation, 842
Konflikt, 463
Kultur, 734
Medianden, 318
Mediation, 29, 48, 49, 63, 76,
79, 81, 91, 383, 501, 513,
597
Mediationsfähigkeit, 321
Mediationsfehler, 359
Mediationsrecht, 3
Mediationsstil, 142
Mediator, 403
Methode, 66
Pflichtwidrigkeit, 359
Schlichtung, 79
Streit, 463
Tätigkeit, 589
Transparenz, 513
Verfahren, 65, 466
Definitionen, 458
Dekonstruktionsmodell, 85
Delegation, 728
Denken, 42, 46, 47, 207, 446,
470, 652, 690, 729
Denkweise, 71
Denkweisen, 37, 107
Diagnose, 243, 245
Diagnostik, 242
Dialektik, 42, 729
Dialog, 129
Dienst, 277
Dienstleistung, 21, 196, 259, 336,
444, 742, 825
Dienstleistungsangebot, 412
Dienstleistungs-
Informationspflichten-
Verordnung., 612
Dienstverpflichtung, 267
Dienstvertrag, 197, 255, 480, 847
Dimensionen, 180
Dipl. Psychologen, 247
Dispositionsbefugnis, 178, 494
Dispositionsmaxime, 511, 512
Dissenz, 262
Disziplin, 39
Disziplinen, 26
Disziplinierung, 745
Diversifikation, 229, 418, 429
Dokumentation, 571, 573
Dokumentationspflicht, 696
Dokumente, 198, 200, 291
Donator, 331

Donatormediation, 127, 486,
531, 564
Dreiecksbetrug, 635
Drittbelastungen, 344
Dritte, 170, 190, 344
Dritten, 84
Dritter, 77, 78, 318, 323, 335
Druck, 305
Durchführungsdruck, 306
Durchsetzung, 423
dyadische Verfahren., 205

E

Early Neutral Evaluation, 861
Ehesachen, 820
Ehescheidung, 280
eichnung, 163
Eigenschaften, 58, 61, 62, 63,
154, 517
eigenverantwortlich, 199
Eigenverantwortlichkeit, 178,
209, 326, 465, 513, 518, 520,
546
Eignung, 530
Eignungskriterium, 115
Einbeziehung, 165
Einbindung, 547
Einigung, 745
Einigungsbereitschaft, 764
Einigungsversuch, 303, 818
Einseitige Informationen, 588
Einsichtsfähigkeit, 177
Einstellung, 71
Einvernehmen, 293
Einverständnis, 551, 554, 798
Einwilligung, 257, 352, 494, 586
Einwilligungsvorbehalt, 178

Einzelfragen, 187
Einzelgespräch, 129, 202, 290,
328, 542, 544, 548, 588, 627
Einzelgespräche, 327, 483
eklektische Mediation, 102
E-Mail-Austausch, 552
Empfehlungen, 91
Entscheidungen, 48, 353
Entscheidungsbefugnis, 83, 518,
520, 712
Entscheidungsoptionen, 72
Entschleunigungsgebot, 828
Erfahrung, 654
Erfolg, 269, 274, 305, 393, 480
Erfolgsaussicht, 95
Erfolgsdefinition, 269
Erfolgsdruck, 145
Erfolgshonorar, 196
Erfolgshonorare, 273
Erfolgskriterien, 269, 274
Erfüllungsprinzip, 182, 237
Ergebnis, 145, 478
Ergebnisoffenheit, 149, 210, 490,
510, 511
Erkenntnis, 43, 48, 50
Erkenntnisgewinn, 177, 270
Erkenntnislogik, 50
Erkenntnismanagement, 50, 63,
91, 108, 109
Erkenntnisprozess, 47, 104, 268,
307, 374, 467
Erkenntnisverfahren, 795
Erlaubnis, 586
Erlaubnisvorbehalt, 352
Erledigung, 836
Erledigungserklärung, 812
Ermittlungen, 264
Erörterungstermin, 755

Erstberuf, 682
ersuchter Richter, 775
ersuchter Richter,, 788
Erwartungen, 101
Eskalation, 43, 86, 177, 429, 536,
728, 816
Eskalationsgrad, 758, 795
Eskalationsstrategien, 758
Eskalationstheorie, 464
Ethik, 547
Evaluation, 93, 94, 95, 209, 710,
713
Evaluieren, 208
Evolution, 729

F

Fachausrichtung, 404
Fachbereich, 142
Fachbezeichnungen, 404
Fachkenntnisse, 140
Fachmediation, 87, 841
Fachmediationen, 137
Fachsprache, 458
facilitative Mediation, 112
Fairness, 546
Fakten, 784
faktisches Verhältnis, 171
Falldokumentation, 571
Fallvorbereitung, 141
falsa demonstratio, 387
Familienmediation, 87, 615, 821
Fehler, 359
Felder, 138
Fernstudium, 615, 692
Finanzgerichtsverfahren, 838
Finanzrechtsstreit, 838
Flexibilität, 42

Flipchart, 575, 576
Flow, 108, 492, 493, 545
formelle Mediation, 74, 75
Formulierungshilfen, 573
Formvorschriften, 266
Fortbildung, 654, 681, 694
Fortschritt, 735
Fortsetzung, 290
Fortsetzungsklausel, 315, 565
Forum, 38, 408
Freiberufler, 405
Freiberufler-GmbH,, 405
freier Beruf, 404, 405
Freiheitsrecht, 297
Freiwilligkeit, 32, 153, 173, 190,
270, 278, 286, 292, 303, 305,
309, 317, 326, 332, 363, 465,
472, 512, 513, 520, 527, 563,
744, 755, 771, 805, 824, 830
Frieden, 435
Friedenskultur, 734
Fristablauf, 478
Fristen, 386, 815
Führen, 422, 491
Führungsstil, 146
Funktionalität, 85

G

Gebührenvereinbarung, 276
Geeignetheit, 213, 464, 465, 480,
530, 756
Gefahrengemeinschaft, 492
Gefälligkeitsverhältnis, 171
Gegenstand, 600
Geheimhaltung, 560
Gemeinschaftsvertrag, 287
Genehmigung, 352, 586

Gerechtigkeit, 506
Gerichtsadministration, 719
gerichtsintegrierte Mediation,
703
gerichtsinterne Mediation, 35,
389
gerichtsinterne Mediation,, 703
Gerichtsmediation, 114, 703, 709
gerichtsnahe Mediation,, 703
Gerichtsorganisation, 797
Gerichtsverfahren, 77, 102, 422,
715
Gesamtgläubiger, 331
Gesamtschuldner, 255, 273, 331
Geschäftsbesorgung, 198, 236
Geschäftsfähigkeit, 256, 321, 848
Geschäftsverteilungsplan, 781,
798
Gesellschaft, 448
Gesetz, 33
Gesetzesauslegung, 779
Gesetzestexte, 25
Gesetzeszweck, 389
Gespräch, 551
Gesprächscharakter, 489
Gesprächsführung, 142
Gesprächsleitung, 221
Gesprächsregeln, 535
Gewaltenteilung, 714, 715
Gewaltschutz, 822
Gewerbe, 405
Gewerbeanmeldung, 405
Gewichtung, 689
Gewinner, 42, 505
Gleichbehandlung, 544
Grundausbildung, 692
Grundmodelle, 99
Grundrecht, 295

Grundsatz, 111, 117, 150, 171,
182, 193, 210, 266, 273, 339,
352, 380, 477, 496
Grundsätze, 356
Gutachter, 559
Güterichter, 35, 36, 708, 713,
715, 768, 774, 799
Benennung, 658
Güterichterstellen, 799
Güterichterverfahren, 658, 738
Güterichterverhandlung, 707,
715, 737, 741, 749, 766, 768,
769, 795, 802, 834
Gütesiegel, 651
Gütestelle, 869
Gütestelle, 818
Güteverhandlung, 755, 766, 768,
774, 807, 818, 820
Güteversuche, 793

H

Haftpflichtversicherung, 853,
868
Haftung, 118, 123, 174, 187, 320,
350, 379, 381, 530, 571, 772,
780
Haftungsausschluss, 382
Haftungsbegrenzung, 382
Haltung, 71, 75, 142, 210, 494,
548, 652, 744, 805
Handakte, 582
Handwerk, 37
Harvard Konzept, 86, 104
Harvard-Konzept, 49, 53, 690
Heilen, 29
Hemmung, 385
Herausgabeanspruch, 202

Herrschaft, 513
Hilfe zur Selbsthilfe, 472
Hinterlegung, 203
Hinweispflicht, 570
hoheitlich, 175, 719, 740, 771
hoheitliche Verfahren, 392
hoheitliches Handeln., 718
Hoheitsakt, 180
holistische Mediation), 108
Honorar, 257, 277, 280, 350,
532, 668
Honorarvertrag, 288
Hospitanten, 560

I

Identifikation, 612
Indetermination, 326
Individuum, 142
Informationsgespräch, 304, 311,
314
Informationspflicht, 542, 613
Informationsvorsprung, 590
Informiertheit, 91, 326, 467, 498,
508, 544, 566, 567, 617
Infoveranstaltung, 332
Initialisierung, 43
innere Konflikte, 483
Institutionalisierung, 393, 740
institutionelle Mediation, 531
integrierte Mediation, 112, 432,
804
Interdisziplinarität, 38, 397
Interessen, 46, 52, 55, 90, 214,
304, 511
Interessenbetroffene, 344
Interessenbetroffener, 630

Interessenerhellung, 44, 58, 93,
98, 601
Interessenkollision, 590, 602
Interessenvertreter, 22, 233, 727
Interessenvertretung, 322
Interventionen, 72, 100, 298
Intervision, 689

J

Joint Session., 548
Jugendamt, 211, 406
Jugendämter, 625
juristische Personen, 256
Justiz, 115, 840

K

Kalkulierbarkeit, 420
Kannibalisierung, 434, 439
Kausalverlauf, 380
Kenntnisse, 410, 654, 692
Kernkompetenz, 500
Kernkompetenzen, 252
Kinder, 322
Kindeswohlgefährdung, 628, 785
Kindschaftssachen, 828
Klage, 309, 774
Klageerhebung, 754
Klagehindernis, 309
Kläger, 749
Klagerücknahme, 812, 836
Klageschrift, 743
Klageveranlassung, 301
Klagezustellung, 753, 762
Klärungsverfahren, 48
Klausel, 309, 313, 618
Kognitionsmodell, 511

- Kognitionsprozess, 75, 106, 324, 475, 492, 505, 840, 860
- kognitive Dissonanz, 44
- Kollisionsrecht, 842
- Kommunikation, 115, 422, 546
 - formell, 150
 - informell, 154
 - informell, 150
- Kommunikationsfähigkeit, 529
- Kommunikationsmodell, 84, 520
- Kommunikationsstil, 136
- Kompetenz, 141, 142, 422, 433, 470, 529, 650, 805
- Komplexität, 72, 155, 383, 422, 436, 470, 648, 726
- Kompromiss, 31, 34, 145, 269, 479, 480, 505, 728
- Kompromissvergleich, 191, 744, 801
- Konflikt, 52, 53, 58, 73, 89, 112, 252, 371, 464, 481, 526, 601
 - psychischer, 242
- Konfliktanalyse, 47, 245, 319, 321, 364, 475, 525, 526, 742, 821
- Konfliktarbeit, 44, 98, 464, 600
- Konfliktbeilegung, 462, 464, 478, 479, 648, 740, 819
- Konfliktbeilegung zu, 746
- Konfliktdimension, 142, 795
- Konfliktdimensionen, 53, 464
- Konfliktdynamik, 102, 294
- Konflikte, 38
 - innere, 211
- Konfliktevolution, 728
- Konflikthypothese, 101
- Konfliktklärung, 667
- Konfliktlandkarten, 321, 526
- Konfliktlösung, 648
- Konfliktlotsen, 250, 333
- Konfliktmanagement, 50, 91
- Konfliktmediation, 88
- Konfliktmoderation, 747
- Konfliktreife, 744
- Konfliktstoff, 596
- Konfliktstrategie, 102, 420, 423
- Konfliktthemen, 44
- Konflikttheorie, 39, 481
- Konfliktverhalten, 293, 744
- Konfliktvermeidung, 760
- Konfrontation, 32, 293, 445, 468, 508, 727, 729, 731, 741, 795
- Konkurrenz, 73, 431
- Konsens, 31, 35, 41, 269, 474, 479, 480, 505, 728, 744
- Konsensprinzip, 508
- Konsenstraining, 185, 493
- Konsensvergleich, 191, 744, 801
- Konstruktionsmodell, 86
- Konsument, 421, 510
- Kontinuum, 90
- Kontrahierungszwang, 296
- Kooperation, 32, 294, 445, 507, 508, 727, 741, 745, 756, 795, 863
- Kooperationsrisiko, 730
- Kooperative Praxis, 122, 732
- Koordination, 190
- Koordinator, 798
- Kosten, 271, 280, 302, 559
- Kosten, 344
- Kostenentscheidung, 812
- Kostenfolge, 302
- Kostenkalkulation, 99
- Kostenlast, 272
- kostenlos, 279

Kostenstreit, 284
Kostenteilung, 271
Kostenübernahme, 532
Kostenübernahmen, 284
Krieg und Schlacht, 51
Kündigung, 286, 287, 289, 290,
292, 293, 303, 330, 351, 473,
563, 565
Kündigungsmöglichkeit, 365
Kündigungsrecht, 287
Kündigungsschutzklage, 449
Kurzmediation, 135

L

Laie, 421
Lebenssachverhalt, 595, 599
leerer Stuhl, 322
Legaldefinition, 76
Legitimation, 355, 364
Leistung, 354, 357
Leistungsaustausch, 183, 184,
267
Leistungsgefälle, 544
Leitlinien, 163, 164, 357
Lobby, 705
Logik, 42, 728
Loopen, 514
Lösung, 57, 423, 821
Lösungen, 46, 81, 208, 590
Lösungsauswahl, 47
Lösungsfindung, 209, 717
Lösungsgestaltung, 217
Lösungssuche, 47
Lösungsvermittlung, 274
Lösungsvorschläge, 78, 374
Loyalität, 591

M

Macht, 153, 714
Machtapparat, 715
Machtbalance, 176
Machtgefälle, 525, 544
Maklervertrag, 195, 196, 273
Mandantengespräch, 765
Mandat, 232
mandatory Mediation, 295
Mandatory Mediation,, 307
Manipulation, 471
Markt, 36, 433
Marktkontrolle, 614
Marktzugang, 412
materielle Mediation, 75
MDV, 825, 841
Mechanistik, 156
mechanistisch, 106
Med-Arb, 82
Mediand, 318, 620
Medianden, 161, 170, 320, 329
Zahl, 170
Mediation
interkulturell, 104
nicht-vertragsbasiert, 182
Mediation, 77, 79
ad-hoc, 849
asynchron, 552
eklektische, 104
evaluative, 92, 216
evaluative, 111
externe, 794
facilitativ, 462
faktisch, 180
faktische, 171, 683
fazilitativ, 91
formelle, 75

- gerichtsinterne, 36
- grenzüberschreitend, 841
- innerbetrieblich, 288, 332
- institutionelle, 849
- interkulturell, 136, 841
- international, 841
- materielle, 75
- narrative, 135
- nicht vertragsbasiert, 161, 173, 180
- öffentlich-rechtlich, 180, 182
- rechtsbasiert, 602
- rechtsfrei, 597
- reine, 114
- transformativ, 129
- transformativ, 821
- transformative, 54, 98, 100, 240, 462
- Mediationsabrede, 185, 265
- Mediationsabreden, 328
- Mediationsabschlussvereinbarung, 149, 306
- Mediationsabsprache, 185, 461
- Mediationsarten, 87, 137
- Mediationsausbildung, 735
- Mediationsbeauftragter, 733
- Mediationsdurchführungsvereinbarung, 186, 316, 323, 334, 335, 461
- Mediationsfähigkeit, 319, 321, 465, 529
- Mediationsfehler, 48, 83, 129, 167, 190, 235, 250, 265, 276, 353, 358, 359, 499, 507, 522, 526, 529, 531, 533, 537, 543, 558, 570, 726, 780, 821, 903
- Mediationsfehlers, 174
- Mediationsförderungsgesetz, 27
- Mediationsform, 69
- Mediationsformen, 87, 114, 459, 901
- Mediationsgegenstand, 52, 58, 465, 600
- Mediationskosten, 280
- Mediationskostenhilfe, 451, 665
- Mediationsmodell, 45, 58, 526, 713
- Mediationsmodelle, 90, 459, 750
- Mediationsmodellen, 87
- Mediationsmodells, 47
- Mediationsordnung, 148, 166, 264, 325, 357
- Mediationsrecht, 21, 27, 156, 264, 755
- Mediationsstil, 87, 142
- Mediationsstile, 142, 459, 901
- Mediationstheorie, 37, 40, 41
- Mediationsvertrag, 22, 172, 197, 254, 266, 287, 290, 318, 323, 328, 344, 357, 460, 461, 538, 824, 841
- Mediationsvirus, 434
- Mediationswissen, 694
- mediative Techniken, 69, 105
- Mediator, 159, 170, 397, 485, 516
 - aktiver, 143
 - angestellt, 333
 - Berufsmediator, 403
 - direktiver, 144
 - Fachmediator, 404
 - führender, 146
 - mit Zertifikat, 403
 - muscle, 145
 - statistischer, 144
 - stoischer, 146

zertifiziert, 403
Mediatorauswahl, 101
Mediatorenliste, 853
Mediatorenvereinbarung, 538
Mediatorenvertrag, 185
Mediatorenverzeichnis, 443
Mediatorenwahl, 312
Medizin, 29
Meilenstein, 3, 455
Memorandum, 218, 461
Menschenbild, 611
Merkmal
 essentiell, 517
 konstitutiv, 517
 typisch, 517
Merkmale, 63
Metaebene, 43, 324, 492
Metaebene,, 504
Metapher
 Boot, 492
 Dirigent, 207
Methode
 Verhandeln, 49
Methode, 66, 68, 717, 771, 778,
 780, 783, 785, 802, 811
 Vermitteln, 49
 Verstehen, 49
Methoden, 65, 70, 714
Methoden der Konfliktbeilegung,
 799
Methodenwahl, 771
Methodik, 41, 50, 812
Migrationsstrategie, 445, 730
Minderjährige, 256, 257, 320,
 321
Minderjähriger, 251
Minderungsansprüche, 383
Mindeststandards, 681

Mini Trial,, 861
Mitarbeiter, 318
Mitverantwortung, 345
Mitwirkung, 270
Mitwirkungspflicht, 270
Mobbing, 748
Modell, 88
Moderation, 28, 77, 268, 464
 monokausal, 383
Motiv, 472, 539, 592
Motive, 304, 305, 342, 475, 509,
 592, 786
Motiven, 56, 57, 214
Multi Door Courthouse, 732
Multiplikatoren, 431
mündliche Verhandlung, 870
Mutwilligkeit, 667

N

Nachbefassung, 588
Nachbehandlungsbedarf, 250
Nachfrage, 252, 398, 412, 419,
 420, 421, 435
Nachfragedruck, 306
Nachhaltigkeit, 54, 100, 502
 nachwirkende Pflichten, 291
Naturalrestitution, 380
Nebenberuf, 398
Nebenpflichten, 291
Netzwerk, 245, 329
Netzwerkarbeit, 180
Netzwerke, 443
Netzwerker, 189
Neutralität, 61, 190, 210, 235,
 250, 251, 259, 265, 317, 322,
 326, 358, 364, 487, 488, 514,

516, 518, 544, 553, 584, 585,
591, 603
Nichtigkeit, 351
Niederlassung, 843, 847, 848
Niederlassungsfreiheit, 852
Nominatvertrag, 191
Non Disclosure Agreement), 621
Normen, 157
Normzweck, 160
Notar, 236, 594
Notfristen, 386, 815
Nullsummenspiel, 85, 272, 343,
507, 541, 727, 728, 729, 730,
731
Nullsummenspiels, 42
Nur-Mediatoren, 603
Nutzen, 428
Nützlichkeit, 754

O

Offenbarung, 543
Offenbarungspflicht, 586, 611,
756
Offenbarungspflichten, 327
offener Akkumulationsvertrag,
181
offener Vertrag, 327
Offenheit, 467, 489, 509, 511,
586, 617
Offenlegung, 754
Öffentlichkeit, 61, 561
öffentlich-rechtlicher Vertrag,
184
Offizialmaxime, 512
Ombudsmann, 861, 869
Online-Mediation, 552, 858
Online-Schlichtung“, 861

Opferbereitschaft, 502
Ordre Public, 628, 630
ordre public-, 849, 851
Ordre Public,, 632
Ordre Public., 786
Organ der Rechtspflege, 624
Österreich, 657

P

Partei
Konfliktpartei, 461
Streitpartei, 461
Partei, 318, 620
Prozesspartei, 461
Parteiautonomie, 305
Parteibegriff, 483
Parteien, 170, 460
säumige, 322
Parteierklärung, 808
Parteiverfahren, 392, 393
Parteiverrat, 123, 598
Parteivertretung, 597
Parteivertreter, 231, 335, 336,
337
Partnerschaftsgesellschaft, 405
Peer-Mediation, 118
Pendelmediation, 129
persönliches Erscheinen, 819,
826
Pflicht, 496
Pflichten, 174, 350
Pflichtverletzung, 356, 359, 379
Pflichtwidrigkeit, 355
Phase, 784
Phase 0, 260
Phase 1, 43, 173, 260
Phase 2, 43

Phase 3, 44
Phase 4, 45
Phase 5, 46
Phasen, 43, 46, 48, 103, 371, 470,
511, 534, 539, 601, 795
Phasenaufbau, 47
Phasenlogik, 47, 470
Phasentrennung, 549
Philosophie, 37, 75
polychronisch, 107
Position, 55, 90
Positionen, 41, 42, 58, 268, 471,
511, 727
Positionsvertreter, 727
Positivsummenspiel, 502, 507,
534, 729
Präsenzstudium, 615
Praxisnachweis, 657
Pre-Mediation, 264
Prinzip, 159, 278, 508, 560, 561
Prinzipien, 58, 61, 104, 190, 356,
467, 485, 517, 804, 866
Privatautonomie, 83, 115, 151,
158, 176, 298, 512, 561, 720
Privatgeheimnis, 632
Problem, 53, 142
Produkt, 412, 744
Produktportfolio, 706, 734
Professionalisierung, 394
Professionalität, 47, 680
Professionen, 26, 161
Profil, 652
Profil des Mediators, 546
Protokoll, 344, 575, 738, 812
Protokollierung, 217
Prozessausgang, 271
Prozessergebnis, 50
Prozessförderungspflicht, 814

Prozessherrschaft, 512
Prozesshilfe, 782
Prozesskosten, 282, 283
Prozesskostenhilfe, 303
Prozessmanagement, 50, 140
Prozessmanager, 207, 430, 431
Prozesspartei, 460
Prozessrecht, 356, 755
Prozessrechtsverhältnis, 316
Prozessverhalten, 420
Prozessvertrag, 618, 621, 637
Prozessvoraussetzung, 309
Prozessvoraussetzungen, 746
Prüfpflicht, 751
Prüfung, 319
Psychiater, 247
Psychische Konflikte, 482
psychischer Konflikt, 482
psychologische Beratung, 592
Psychotherapeuten, 247

Q

Qualifikation, 654
Qualität, 276, 398, 502, 648, 649,
650
Qualitätssicherung, 611, 614,
649

R

Rahmen, 492
Rahmenbedingungen, 84, 160,
265
Recht, 213, 727
Rechtfertigen, 755
rechtliches Gehör, 567
Rechtsangelegenheit, 591

- Rechtsangelegenheiten, 218
Rechtsanwalt, 589, 632
Rechtsanwälte, 335, 430, 624,
743, 761
Rechtsanwaltskammer, 746
Rechtsanwendung, 221
Rechtsbehelf, 299, 752
Rechtsberatung, 120, 213, 218,
229, 646
Rechtsbesorgung, 218
Rechtsbeziehung, 180, 182, 194,
331
Rechtsbeziehungen, 147, 190
Rechtsbindungswille, 127
Rechtsbindungswillen, 175, 253
Rechtsdienstleistung, 218, 219,
421
Rechtsdurchsetzung, 845
Rechtsfehler, 774
Rechtsfindung, 717
Rechtsfolge, 388
Rechtsfolgen, 214, 350, 359, 387,
406
Rechtsfrieden, 462
Rechtsgarantie, 298
Rechtsgrund, 173, 183, 184, 192,
332, 383
Rechtsgrundlage, 162, 178
Rechtsmittel, 865
Rechtsmittelinstanz, 793
Rechtsnatur, 175, 307
Rechtsordnung, 842
Rechtspflege, 234, 590, 610
Rechtsposition, 341
Rechtspredung, 151, 711, 717
Rechtspredungsvermeidung,
774
Rechtsquelle, 157, 305
Rechtsquellen, 357
Rechtssache, 597
Rechtsschutz, 384
Rechtsschutzbedürfnis, 298, 746,
752, 754
Rechtsschutzbegehren, 296
Rechtsschutzgewährung, 296
Rechtsschutzprinzip, 755
Rechtsschutzversicherung, 130,
284, 486, 531, 671
Rechtsschutzversicherungen,
532, 552
Rechtsstaat, 300
Rechtsstaatlichkeit, 720
Rechtsstaatsprinzip, 151
Rechtsstatus, 715
Rechtssystem, 726
Rechtsunsicherheit, 115
Rechtsverbindlichkeit, 683
Rechtsverhältnis, 189, 291, 602
Rechtsverpflichtung, 754
Rechtswahl, 842, 850
Rechtsweg, 295, 865
Regeln, 155, 173, 353, 357, 393,
496, 536
Regeln der Kunst, 230, 357, 380,
388, 805, 903
Regeln durchsetzen, 174
Regelungsglücke, 807
reine Mediation, 804
Repressalien, 486
Richter, 716, 739
beauftragt, 777
ersucht, 778, 806
ersuchter, 775
gesetzlicher, 797
Status, 778
richterliche Tätigkeit, 712

Richtermediation, 35, 704, 768
Richtermediator, 713, 737, 768
Richtlinien, 165
Rolle, 84, 207, 336, 485
Rollen, 558
Rollenerwartung, 84, 235
Rollenkonflikt, 259
Rücksichtnahme, 301
Rücksichtnahmepflichten, 449
Ruhe, 704
Ruhe des Verfahrens, 794

S

Sachauseinandersetzung, 464, 481
Sachbearbeitung, 490
Sache, 52, 591, 595
Sachebene, 89
Sachfragen, 490
Sachkonflikte, 464
Sachkunde, 465, 644
Sachverhalt, 466, 600
Sachverhalte, 58
Sachverständiger, 334
Salvatorische Klausel, 315
Säumismediation, 322
Schaden, 380
Schadenersatz, 379
Schadenseintritt, 381
Schadenersatz, 332, 352, 847
Scheitern, 48, 354
Schiedsfähigkeit, 865
Schiedsgericht, 77, 82, 151, 864
Schiedsgerichtsbarkeit, 31
Schiedsgerichtsordnung, 865
Schiedsgerichtsverfahren, 28
Schlechtleistung, 354

Schlichtung, 28, 31, 77, 79, 297, 362, 459, 794, 866
Schlichtungsauftrag, 800
Schlichtungsdurchführungsvereinbarung, 866
Schlichtungsmodell, 709
Schlussvereinbarung, 339
Schnittstellen, 732, 804
Schriftform, 266, 292, 325
Schriftstücke, 552
Schriftverkehr, 552
Schuldrecht, 846
Schwarzgeld, 608, 632, 633
Schweigepflicht, 327, 637, 639
Scrivener-Mediation, 137
Sekundärmarkt, 414
Selbsthilfe, 472
Selbstreflexion, 690
Selbstunterwerfung, 164
Selbstverpflichtung, 316
Selbstverständlichkeiten, 410
Selbstverständnis, 801
Semantik, 458
Setting, 71, 117, 369, 804
Shuttle Diplomacy, 92
Shuttle Mediation, 438
Shuttle-Mediation, 129, 552
Shuttle-Schlichtung, 860
Sittengesetz, 297
Sittenwidrigkeit, 351
Sitzordnung, 369
sofortiges Anerkenntnis, 301
Soll-Vorschrift, 759
Sondierungsgespräche, 264
Sorgfalt, 200
soziale Beziehung, 340
soziale Kosten, 428
Sozialgeheimnis, 625

Sozius, 609
Spannungsfeld, 252, 740
Spiegeln, 514
Spieltheorie, 730
Sprache, 845
Spruchkörper, 777, 798
Spruchrichterprivileg, 772
Staatsangehörigkeit, 842, 848
Standards, 148, 163, 165, 357,
442
Stärkung, 23, 444, 447
Statistik, 400, 418, 419, 432, 444,
650, 671, 690, 871
Statthaftigkeit, 213, 523
Stereotypisierung, 72
Steuer, 280
Steuerberater, 604, 625
Stil, 536
Stile der Mediation, 137
Stillstand, 816
Störung, 242
Störungen, 245
Strafanzeige, 633
Strafbarkeit, 598, 608
Straftat, 351, 622, 631
Strafverfahren, 632
Strafverfolgung, 642
Strategie, 264, 489, 502, 507,
508, 513, 730, 754, 804
Strategiewechsel, 795
Streit, 176, 177
Streitbeilegung, 462, 464, 819
Streitentscheider, 85
Streitgegenstand, 601
Streitkultur, 29, 389, 428, 435,
447, 448, 734, 845
Streitmotive, 45, 592, 753
Streitmotiven, 304

Streitpotenzial, 824
Streitstand, 795
Streitsystem, 726
Streitvermittler, 80, 397
Streitvermittlung, 31, 79, 195,
459
Streitwert, 278
Strukturiertheit, 465, 469
Strukturierung, 46
Strukturkonflikte, 464
Subsumtion, 470, 727, 811
Suchauftrag, 527
Suchspiel, 149
Supervision, 689, 692, 748
Supervisory-Mediation, 137
Suspendierung, 565
SWOT Analyse, 95
Synthese, 42
Systematik, 5, 65, 73, 658, 683
Systembruch, 61, 228, 397, 446,
449, 770, 874
Systemik, 156
systemisch, 106
systemischer Bruch, 448
Systemkonflikte, 464
Systembruch, 237

T

Täter-Opfer-Ausgleich, 120, 139
Tätigkeit, 589, 603
Tätigkeiten, 77
Tätigkeitsverbot, 206, 211, 290,
350, 351, 586, 588, 593
Teammediation, 48
Techniken, 41, 65, 240, 514, 714,
812
technische Hilfsmittel, 858

- Teilkündigung, 290
Teilnahmebestätigung, 830
Teilnehmer, 460
Teilnehmerzahl, 117
Teilschuldnerschaft, 273
Teilvereinbarung, 339
Telefonmediation, 130, 132
Terminierung, 806
Terminologie, 5, 458
Terminvorbereitung, 755
Thema, 174
Themengestaltung, 526
Themensammlung, 43, 51
Theorie, 41
Therapeuten, 603
Therapie, 240, 605
Titel, 403
 akademischer, 403
Toolbox, 106
Transdisziplinarität, 414
transformative Mediation, 112,
 270
Transparenz, 513, 555
Trennungsprinzip, 182, 339
Typisierung
 Mediationsmodell, 87
Typologie, 73
 Verfahren, 78
- Ü**
- Überprüfungspflicht, 542
Übungen, 692
Umdenken, 180
Umgehung, 388
Unabhängigkeit, 127, 190, 251,
 272, 274, 312, 317, 333, 405,
 485, 516, 518, 584, 585, 790,
 865
UNCITRAL-, 865
UNCITRAL,, 619
Ungleichbehandlung, 544
Ungleichgewicht, 487
Unparteilichkeit, 465
Unterlassen, 642
Untersuchungsgrundsatz, 806
Unterwerfung, 164
Unwirksamkeit, 280, 351, 353,
 586, 854
- V**
- Verantwortung, 321, 494, 495,
 496, 513, 641
Verbalisieren, 514
Verband, 125
Verbände, 108, 164, 165, 407
Verbindlichkeit, 467
Verbot, 352
Verbote, 349
Verbraucher, 871
Vereinbarung, 325, 340
Vereinbarungen, 168, 190, 253
Vereinbarungszeuge, 574
Verfahren, 37, 40, 65, 66, 67, 72,
 75, 115, 444, 467, 523, 534,
 804
 (triadische), 77
Verfahrenscontainer, 771, 803,
 804, 867
Verfahrensfehler, 23, 149, 275
Verfahrensgegenstand, 65
Verfahrensgesetz, 160
Verfahrensgestaltung, 759
Verfahrenskompetenz, 141

- Verfahrenskontrolle, 816
- Verfahrenskostenhilfe, 303
- Verfahrenslandschaft, 294
- Verfahrensmotive, 304
- Verfahrensordnung, 296
- Verfahrensrecht, 21, 65, 156, 166, 316
- Verfahrensregeln, 849
- Verfahrensregelungen, 865
- Verfahrensritual, 43, 44, 45, 171, 172, 267, 325, 534
- Verfahrensvorschrift, 148
- Verfahrenswahl, 300, 741, 762
- Verfahrenswechsel, 81, 82, 206, 328
- Verfügungen, 353
- Vergleich, 34, 456, 501, 745, 812, 848
- Vergleichsabschluss, 817
- Vergleichsverhandlung, 783, 800
- Vergleichsverhandlungen, 805, 816
- Vergütung, 271, 277, 292, 293, 351, 532
- Vergütungsanspruch, 351
- Vergütungspflicht, 267
- Verhalten, 301, 302
- Verhandeln, 69
- Verhandler, 190
- Verhandlung
 - streitige, 768
- Verhandlungsbefugnis, 465
- Verhandlungsbereitschaft, 270, 285, 307, 476, 539, 744, 824
- Verhandlungsgegenstand, 465, 601
- Verhandlungsvollmacht, 318, 621
- Verjährung, 32, 221, 351, 385, 815, 844, 872
- Verjährungsfrist, 815
- Verlangen, 612
- Verlierer**, 505
- Vermitteln, 49, 69
- Verordnung, 537
- Verordnungen, 166
- Verpflichtungsvertrag, 184
- Verschulden, 302
- Verschwiegenheit, 174, 190, 251, 335, 345, 617, 638, 639
- Verschwiegenheitspflicht, 202, 627, 641, 643, 810, 864
- Versicherung, 384, 532, 612
- Versicherungspflicht, 385
- Verstehen, 41, 48, 69, 458
- Verstehensprozess, 94
- Verstehensvermittlung, 81, 110, 141, 274, 275, 354, 472
- Vertiefung, 694
- Vertrag, 307, 474
- Vertrag zu Gunsten Dritter, 329, 344
- Vertrag zugunsten Dritter, 332, 383, 870
- Vertragsanpassung, 290
- Vertragsberatung, 217
- Vertragserfüllung, 184
- Vertragsfreiheit, 159
- Vertragsgestaltung, 23
- Vertragsklausel, 165
- Vertragsmediation, 88
- Vertragsmodell, 181
- Vertragspartei, 460
- Vertragsparteien, 254, 256, 318, 460
- Vertragspartner, 383, 531

Vertragsreue, 347
Vertragsverhandlung, 170, 259
Vertragsverhandlungen, 261
Vertrauensbeziehung, 489
Vertraulichkeit, 32, 61, 63, 127,
190, 317, 326, 467, 509, 517,
518, 560, 617, 633, 695, 748,
782, 783, 807, 844, 867
Vertraulichkeitsabrede, 288
Vertretung, 319, 322, 558, 848
Verwaltungsgericht, 834
Verweis, 783
Verweisung, 778, 788, 798, 834
Verzicht, 341, 812
Verzögerung, 763
Vielfalt, 42
Vollstreckbarkeit, 344, 390, 844,
846
Vollstreckung, 813
Vollziehbarkeit, 198
Vollziehungsvertrag, 866
Vorbefassung, 590
Vormittlungen, 265
vorformulierte Verträge, 382
Vorgaben, 486
Vorgespräche, 263, 264, 488
Vorphase, 259, 825, 831
Vorratsvereinbarung, 328
Vorschläge, 48, 91, 143, 224, 373
Vorschüsse, 278
Vorteil, 380
Vorvertrag, 308

W

Waffenruhe, 478
Waffenstillstand, 816, 817

Waffenstillstandsabkommen,
327
Wahrheitspflicht, 807
Wahrnehmung, 98, 546
WATNA, 506, 570
WATNA/BATNA, 216
Weisungsgebundenheit, 486
Weisungsunabhängigkeit, 487
Werbung, 408, 436
Werbungskosten, 280
Werkvertrag, 197, 480
Werkzeug, 5
Werkzeuge, 65, 70
Werkzeugkoffer, 357, 804
Wertekonflikte, 464
Wertungen, 61
Wesen, 802
Wesen der Mediation, 350, 518
Wesensmerkmal, 215, 480, 509
Wettbewerb, 272, 436, 704, 709,
741
Wettbewerbsrecht, 408, 657
Widerspruch, 41, 42, 57, 597
Widersprüche, 435
Widerstand, 306
Wiederaufnahme, 828
Wiederholung, 793
Willensberatung, 217
Willenserklärung, 256, 320, 474
Willenserklärungen, 169
Willensmängel, 303, 474
Windows-Technik, 509
Win-Win Ergebnis, 271
Wirklichkeit, 48
Wirksamkeit, 149
Wirtschaftsmediation, 240, 318
Wirtschaftsmediator, 142
Wissenschaft, 37, 75

Wohnsitz, 843, 847

Z

Zeit, 325

Zeitverständnis, 103

Zertifikat, 653

zertifizierter Mediator, 406

Zertifizierung, 410, 571, 657

Zertifizierungsverfahren, 660

Zeuge, 334, 559, 631, 637

Zeugen, 559

Zeugenentschädigung, 334

Zeugnisverweigerungsrecht, 633,
640, 810

Ziel, 66, 478, 741

Zielausrichtung, 93

Zielvereinbarung, 43

Zielvorgabe, 507

Zirkelschlüsse, 61

Zivilprozessrecht, 801, 804

ZMediatAusbV, 680

Zuhören, 510

Zukunftsgestaltung, 784

Zulässigkeit, 213, 530, 756

Zusammenarbeit, 48

Zusatzqualifikation, 404

Zuschauer, 560

Zustellung, 762

Zustimmung, 293, 508, 554, 586

Zwang, 351, 824

Zwangsmiationen, 295

Zwangsschlichtung, 295, 296

Zwischenverfahren, 789, 790,
805

Autoren und Beiträge

Der Praxis- und Lehrkommentar vereint das Know-how verschiedener Experten unterschiedlicher, professioneller Herkunft. Um den interdisziplinären Einfluss geltend zu machen, hatten alle Autoren Gelegenheit an allen Stellen des Buches einzugreifen. *Mediation (un)geregelt* ist deshalb ein Gemeinschaftswerk. Die textliche und inhaltliche Verantwortung obliegt dem Initiator und Herausgeber, der selbst auch als Autor mitgewirkt hat. Die Beiträge der Autoren und der Umfang ihrer jeweiligen Mitwirkung sind bei dem jeweiligen Autor aufgeführt.

Arthur Trossen

Ehem. Wirtschaftsstaatsanwalt und Richter, Dozent, Mediator***

Arthur Trossen, Jahrgang 1955, hat Psychologie (Vordiplom) und Rechtswissenschaft (2. Staatsexamen) studiert. Nach Fortbildungen im Rechnungswesen und im Steuerrecht war er als Wirtschaftsstaatsanwalt und später als Richter tätig. Nach Weiterbildungen zur Mediation in Deutschland und Amerika begründete er mit Eberhard Kempf und Ralf Kächele die integrierte Mediation. Seit 2001 ist er Vorstandsvorsitzender des gleichnamigen Vereins. Darüber hinaus wurde er Inhaber, Entwickler und Mitgeschäftsführer eines IT Unternehmens, Preisträger für innovative Konzepte im Bereich des Konfliktmanagements, Begründer des „Altenkirchener Modells“ und des „präzisen Zuhörens“. In vielen Auslandsprojekten trug er zur Implementierung der Mediation, schwerpunktmäßig in Lettland, Russland und Kroatien bei, was ihm u.a. die Bezeichnung „Mediation Philosoph“ eingebracht hat. Heute arbeitet er (auch international) als Vollzeitmediator in allen Fachbereichen und Varianten der Mediation. Darüber hinaus ist er Studienleiter (ZFH) und Lehrbeauftragter an Hochschulen im In- und Ausland, Gutachter, Trainer und Dozent (u.a. FU Hagen), Vorstandsmitglied bei Integrētā mediācija Latvijā, Ehrenmitglied der HUM, Kroatien, Präsidiumsmitglied der DGM, Vorstandsmitglied des DFfM, National Coordinator der EMNI u.v.a.m. Er gibt das Compendium Mediationis heraus und hat bereits viele einschlägige Beiträge veröffentlicht, Blogs moderiert und als Autor an Buchprojekten mitgewirkt (z.B. Handbuch Mediation). Als Initiator und Begründer von Wikipedia.org leistet er einen weiteren Beitrag zur Stärkung der Mediation.

Autorenprofil: www.xing.com/profiles/Arthur_Trossen

Beiträge im Kommentar: Alle (einige als Co-Autor), Komplettüberarbeitung

Bernd Bohnet

Rechtsanwalt, Autor, Mediator

Jahrgang 1951. Abitur, Bundeswehr - Zeitsoldat (Hptm. d. Res.), Studium und Referendariat in Würzburg, selbständiger Rechtsanwalt in Bayreuth. Einzelanwalt mit großer und vielseitiger Allgemeinkanzlei. Ab 2005 Ausbildung zum Mediator beim Heidelberger Institut für Mediation und beim Verband Integrierte-Mediation mit über 500 Ausbildungsstunden zu zügl. Supervisionen, Cross Border Mediation. Er ist praktizierender Mediator, Autor und ein engagierter Förderer der Mediation.

Autorenprofil: www.bohnet-mediation.de

Beiträge im Kommentar: Zur Verfassungslage, Verschwiegenheitspflicht und Zeugnisverweigerungsrecht, Rechtsrat und Rechtsprinzipien, Kompetenzen und Methoden, BORA und Hinweispflicht des Rechtsanwalts, Akquise und Beginn der Mediation, Verpflichtung von Ämtern und Beratungsstellen, § 2 Abs. 6 MediationsG und § 2 Abs. 1 und 3 Nr. 4 RDG, verschiedene Themen und Einzelfragen, Recherche und Hinweise.

Prof. Dr. Frank Diedrich

Professor, Rechtsanwalt. Mediator

1985-1990 Jurastudium Universität Hannover und University of Bristol, England; 1989-1990 Aufbaustudiengang Europäi-

sche Rechtspraxis (MLE.) 1990; 1990 1. Staatsexamen; 1994 Promotion zum Dr. iur. (Universität Hannover); 1994 2. Staatsexamen; 2004 Habilitation zum Dr. iur. habil., Privatdozent (Universität Rostock); 2010 Ausbildung zum Mediator* (Hochschule Darmstadt).

Seit 2006 außerordentlicher Professor, North-West University, Faculty of Law, Potchefstroom, Südafrika (www.nwu.za); seit 2007 Rechtsanwalt, Partner bei Bernzen, Sonntag Rechtsanwälte, Hamburg/Berlin; seit 2009 ordentlicher Professor, Riga Graduate School of Law, Lettland (www.rgsl.edu.lv); seit 2010 Vorsitzender des Instituts für Europäische Mediation und Schiedsgerichtsbarkeit e.V., Berlin (www.europeanmediation.de); seit 2010 Gastprofessor an der Hitotsubashi University, Tokio, Japan (2010, 2011, 2013)

Tätigkeitsschwerpunkte: Alternative Dispute Resolution (ADR), Mediation, Internationales Privat- und Handelsrecht, Internationales Kaufrecht, Rechtstatsachenforschung (legal realism), Law and Economics.

Beiträge im Kommentar: Internationales Recht, Internationale Mediation, ADR-Verfahren, Ombudsmann

Dr. Peter A. Doetsch

Rechtsanwalt, Mediator

Dr. Peter A. Doetsch ist Rechtsanwalt und Mediator in Wiesbaden und Inhaber der Spezialkanzlei für betr. Altersversorgung, Vergütungssysteme & Konflikte. Er ist spezialisiert auf Mediation in Organisationen (Unternehmen und caritativen bzw. kirchlichen Einrichtungen). Nach dem Studium der Rechtswissenschaft in Köln, Münster und Bonn war er u. a. als Vorstandsassistent eines großen Versicherers, Geschäftsfüh-

rer von HR-Beratungsgesellschaften und Personalleiter bzw. Personalvorstand tätig. Die Mediationsausbildung absolvierte er bei Arthur Trossen. Er ist Mitglied des Mediatorenvereins Integrierte Mediation, des Bundesverbandes Mediation sowie der AG Mediation im Deutschen Anwaltverein sowie Autor mehrerer Beiträge zu integrierter Mediation.

Autorenprofil: www.nachhaltigekonfliktloesungen.de

Beiträge im Kommentar: Co-Kommentierung der §§ 5 – 7 MediationsG sowie ZMediatAusbV.

Susanne Gehling

Rechtsanwältin, Mediatorin, Coach

Rechtsanwältin, Master of Mediation, Supervisorin für Mediationssupervision, Coach, Studentische und Wissenschaftliche Mitarbeit am Institut für Handels- und Wirtschaftrecht der Universität Bonn (1988-1992), Grundlagenstudium Psychologie, Englisch / Französisch. selbstständig, GMC – Gehling Mediation & Coaching Düsseldorf, Familien- und Wirtschaftsmediation seit 2006

Beiträge im Kommentar: Fachmediationen, Mediationsstile, Rechtsnatur des Mediationsvertrages, Abgrenzungen, Mediation durch den Anwaltsmediator, Abgrenzung zur Therapie.

Werner Schieferstein

Autor, Rechtsanwalt, Mediator

Werner Schieferstein, Rechtsanwalt seit 1974, Mediator seit 1991 (BAFM) und BM in Frankfurt am Main. "Kooperative Praxis" seit 2011: "Anwaltliches Netzwerk für kooperative Praxis und Mediation AN.KOM e.V. (www.an-kom.de)

Beiträge im Kommentar: Kooperative Praxis, Anwaltsrecht

Christoph Rummel

Dipl. Finw., Dipl Kfm (FH), Steuerberater, Mediator

Christoph L. Rummel ist im Grundberuf Syndikus-Steuerberater. Nach Ausbildung und Studium in der Finanzverwaltung NRW Wechselte er an die FernUniversität Hagen und FOM, Essen, wo er BWL, VWL und AO-Psychologie studierte. Seine Mediationsausbildung absolvierte er an der Hochschule Darmstadt/ZFH Koblenz in Zusammenarbeit mit dem „Integrierte Mediation e. V.“. Anschließend wechselte er an die Europa Universität Viadrina, Frankfurt/O., wo er seinen Master in Mediation ablegte. Interessenschwerpunkte sind die Wirtschaftsmediation und die Mediation im Steuerrecht.

Beiträge im Kommentar: Teile zum Berufsrecht, Ausführungen zum Steuerrecht, Teile zu § 3 Abs. 2 MediationsG, Ausführungen zum Wettbewerbsrecht, Gesamtüberarbeitung

Roland Breinlinger

Dipl. Psych., Mediator

Jahrgang 1955, ist seit 1990 zum einen als Psychotherapeut und zum andern als Mediator in eigener Praxis tätig. Im später gegründeten Praxis-Institut-Breinlinger kamen dann Supervision, Coaching und verschiedene Lehraufträge hinzu. Ausgebildet bei den amerikanischen Pionieren, wie Haynes, Kaslow, Himmelstein und Friedman, gesellten sich zur anfänglich ausschließlichen Mediation im Familienkontext und der Gründung der Bundesarbeitsgemeinschaft für Familienmediation (BAFM) andere Anwendungsfelder der Mediation, wie z. B. Mediation im öffentlichen Bereich und Mediation in ver-

schiedenen Profit- und Nonprofit-Institutionen. Als Ausbilder in Mediation ist er für verschiedene Universitäten, Institutionen und Einrichtungen tätig. Darüber hinaus ist er in der Mediationslandschaft wegen der Vorstands- und Gremienarbeit in Verbänden bekannt geworden.

Beiträge im Kommentar: Psychologische Überarbeitung,

Dr. Thomas Lapp

Rechtsanwalt, Mediator

Dr. Thomas Lapp, ist nach Studium der Rechtswissenschaft in Mannheim und Freiburg und Referendariat in Berlin als Rechtsanwalt seit 1991 in Mannheim und seit 2001 in Frankfurt am Main tätig. Mediationsausbildung bei Kessen/Troja, später Friedmann/Himmelstein. Er ist Vorsitzender der AG Mediation im Deutschen Anwaltverein, Vizepräsident des Deutschen Forums für Mediation (DFfM), Mediator der World Intellectual Property Organisation, Lehrbeauftragter der Universität Mainz, Autor des Beck-Blog, Mitautor „Mediation in der Praxis des Anwalts“, Beirat der Zeitschrift Wirtschaftsmediation sowie Autor diverser Beiträge zu Mediation.

Beiträge im Kommentar: Beiträge zum Anwaltsrecht, RDG, BRAO, Anwaltsmediator, Wettbewerbs- und Verbandsrecht, Überarbeitung,

Dr. Anne- Barbara Kern

Coach, Mediatorin, Geisteswissenschaftlerin

Jahrgang 1966; langjährige Tätigkeit als Gesangslehrerin, Chorleiterin und Sängerin; ab 1999 Studium der Musikwissenschaft, Philosophie und Kunstgeschichte mit anschließender Promotion in Kunstgeschichte; seit 2007 als freiberufliche

Kunsthistorikerin tätig, u.a. Buchautorin, Aufbau von Firmenarchiven, Kuratorin, Vorträge u.v.m. Bei ihren Projekten spielte Streitvermittlung immer eine große Rolle, weshalb sie 2011/12 die Ausbildung zur Mediatorin ** (Integrierte Mediation) bei Monika und Arthur Trossen absolvierte; 2013 Ausbildung zum EFT-Coach; seitdem als Coach und Mediatorin für hochsensible Menschen tätig: www.unterwegszudir.de; www.hochsensibel-blog.de

Beiträge im Kommentar: Wissenschaftliches Lektorat mit dem Augenmerk auf einer präzise definierten und in sich logischen Begrifflichkeit, Lektorat als Nicht-Juristin mit dem Augenmerk auf der interdisziplinären Verständlichkeit, Emotional Freedom Techniques (EFT), Markteinfluss: Gesellschaftliches Umdenken ermöglichen, Mitarbeit am Kapitel „Abgrenzung zur Psychotherapie“.

Compendium Mediationis

Das Compendium ist eine neu aufgelegte, 8-bändige Buchreihe, die (soweit überhaupt möglich) das gesamte Wissen über die Mediation redundanzfrei und konsistent zur Verfügung stellt.

Band I: **Mediation grundlegend** (Die Grundlagen der Mediation in Theorie und Praxis, in mehrere Sprachen übersetzt).

Band II: **Mediation anschaulich** (Das kommentierte und erläuterte Transskript einer transformativen Mediation).

Band III: **Mediation handwerklich** (Mit der Metapher einer Werkstatt werden alle Werkzeuge, deren Verwendung, Pflege und Einsatz im Prozess genau beschrieben).

Band IV: **Mediation fachlich** (Die verschiedenen Formen und Mediationsweisen sowie die Mediation in den einzelnen Feldern und fachlichen Ausrichtungen).

Band V: **Mediation einsichtig** (Die Haltung im Verständnis der Einstellung und des Denkens, Anforderungen an ein Mediatorenprofil).

Band VI: **Mediation professionell** (Mediation als Beruf)

Band VII: **Mediation visionär** (Integrierte Mediation)

Band VIII: **Mediation (un)geregelt** (Die Konsolidierung von Recht, Psychologie und Mediation)

www.win-management.de