

Juliane Ade, Nadja Alexander

Mediation und Recht

Eine praxisnahe Darstellung der Mediation
und ihrer rechtlichen Grundlagen



Wolfgang Metzner Verlag

Juliane Ade, Nadja Alexander

Mediation und Recht

Eine praxisnahe Darstellung der Mediation
und ihrer rechtlichen Grundlagen

3., neubearbeitete Auflage



Wolfgang Metzner Verlag

© Wolfgang Metzner Verlag, Frankfurt am Main 2017

Das Werk ist urheberrechtlich geschützt.

Jede Verwertung außerhalb der Freigrenzen des Urheberrechts ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar.

Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

3., neubearbeitete Auflage

ISBN 978-3-943951-86-8

Autorenabbildungen © Michael Schrenk, © SMU School of Law

Druck und Einband Hubert & Co., Göttingen

Printed in Germany

Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Vorwort

Liebe Leserin, lieber Leser,

dieses Buch erschien erstmals im Jahr 2005 unter dem Titel »Mediation, Schlichtung, Verhandlungsmanagement« im Alpmann Schmidt Verlag.* Damals gab es an einigen wenigen Gerichten erste Modellprojekte zur gerichtlichen Mediation. Etwas verbreiteter war Mediation im familienrechtlichen Bereich und in einigen rechtsferneren gesellschaftlichen Bereichen. Kenntnisstand und Resonanz waren jedoch noch gering und stark geprägt von eher undifferenzierten Vorstellungen und der Frage, was an Mediation neu oder anders sei.

Nicht zuletzt mit Einführung des Mediationsgesetzes 2012 hat sich diesbezüglich Einiges verändert. Mittlerweile wurden eine ganze Reihe von Kommentaren, Handbüchern sowie Artikeln in juristischen und Mediations-Fachzeitschriften veröffentlicht. Schnell kamen auch wir, nunmehr unterstützt durch den Wolfgang Metzner Verlag, zu dem Schluss, dass die uns bereits im Jahr 2005 motivierenden Gründe nach wie vor gelten. Mit zunehmender Verbreitung und Regulierung von Mediation ist der Bedarf einer Fachgrenzen überschreitenden Vermittlung der Grundlagen der Mediation und ihrer praktischen Anwendung sogar noch relevanter geworden: Mediatoren müssen sich in ihrer Berufspraxis zunehmend mit Recht, Anwälte, Juristinnen und Juristen mit Mediation und anderen Formen der alternativen Streitbeilegung auseinandersetzen.

Wir haben das Buch in erster Linie mit Blick auf die deutsche Konflikt- und Mediationslandschaft geschrieben. Es soll einen Beitrag zur konstruktiven Integration rechtlicher Fragestellungen und Expertise in Mediationen leisten.

Gleichzeitig erweitern wir den Fokus immer wieder durch punktuelle Ausblicke auf die Entwicklungen in anderen Ländern sowie durch fundierte praxisrelevante, wissenschaftliche Informationen, theoretische Modelle und Hintergründe.

Die bewährte übersichtliche Struktur des Buches haben wir beibehalten und den Praxisbezug noch weiter ausgebaut. Es ist uns ein besonderes Anliegen, das interdisziplinäre Verständnis und den Austausch aller an Mediationen beteiligten Berufsgruppen zu fördern. Dazu haben wir das Buch sprachlich noch einmal überarbeitet, mit dem Ziel, juristische, psychologische und nicht zuletzt auch mediationsbezogene Inhalte fachübergreifend verständlich und dennoch präzise darzustellen.

Gastbeiträge einer Reihe von Kolleginnen und Kollegen in Form von kurzen inhaltlichen Exkursen bieten – gerade vor dem Hintergrund der Inter- bzw. Multidisziplinarität – Einblicke in spezielle Mediationsfelder sowie in aktuelle Fragestellungen der Mediationsentwicklung.

* Wir danken dem Alpmann Schmidt Verlag für die Offenheit und den Pioniergeist, der diese erste Veröffentlichung im Format der juristischen Lehrskripte ermöglicht hat. Das Format hat den Aufbau und die inhaltliche Gestaltung wesentlich mit geprägt.

Ein signifikanter Teil des Buches wird den rechtlichen Fragestellungen der Mediation gewidmet. Das Recht verstehen wir dabei nicht nur in seiner grenzziehenden Funktion für das Erlaubte oder Nicht-Erlaubte: Mit seinen Prinzipien, Regelungsspielräumen, Struktur- und Denkansätzen verstehen wir das Recht als ein wichtiges Werkzeug der Mediation, von dem mit Blick auf die Qualität des Mediationsverfahrens und des -ergebnisses generell Gebrauch gemacht werden sollte.

Das Buch besteht aus sechs Teilen. Die Teile 1 und 2 des Buches bieten eine kompakte und fundierte Darstellung der Mediation und ihrer Anwendungsfelder jeweils aus der Perspektive der beteiligten Berufsgruppen (Mediatoren, Anwälte, Berater). In Teil 3 werden die vielfältigen Arbeitsweisen in der Mediationslandschaft, insbesondere anhand eines Meta-Modells, veranschaulicht. Darüber hinaus geben wir einen über die Mediation hinausreichenden Gesamtüberblick über das Spektrum von Streitbeilegungsmöglichkeiten, bis hin zur Einigung im Verbraucherschlichtungs- und im schiedsgerichtlichen Verfahren sowie zur Wahl der geeigneten Vorgehensweise (Konfliktmanagement). Der Teil 4 des Buches ist der Arbeit mit dem Recht in der Mediation sowie berufsrechtlichen Aspekten der Mediationstätigkeit gewidmet. Die abschließenden Teile 5 und 6 befassen sich schließlich mit der Mediation im gerichtsnahen und im gerichtlichen Kontext (Mediation im Güterichterverfahren).

Zur Förderung des Verständnisses finden sich im gesamten Werk neben Erläuterungen zu Praxisfällen viele Beispiele und Hinweise, die die praktische und die rechtliche Bedeutung von Fragestellungen oder Prinzipien veranschaulichen und nachvollziehbar machen.

Zahlreiche Querverweise innerhalb des Textes und umfangreiche Literaturhinweise ermöglichen es Ihnen, Ihr Wissen auf der Basis des Buches weiter zu vertiefen.

Entscheidende praxisrelevante Kontroversen sind zum schnellen Auffinden und Erfassen dabei besonders hervorgehoben.

Wir danken dem Wolfgang Metzner Verlag und im Besonderen Frau Anna Metzner für ihre Vision und die geteilte Überzeugung, dass das Buch einen sinnvollen Beitrag für die Mediationslandschaft bedeuten kann. Ganz großer Dank geht an Frau Jana Fiala, die uns als Lektorin maßgeblich bei jedem Schritt geholfen und zur Qualität des Buches beigetragen hat.

Wir danken unseren Kolleginnen und Kollegen für wertvolle Stunden der Zusammenarbeit und des gemeinsamen Lernens, insbesondere: Ulla Gläßer, Kirsten Schroeter, Alexander Redlich, Dirk Splinter, Lars Hofmann und Silke Freitag. Des Weiteren dankt Juliane Ade ihrer Vorstandskollegin Mia Konstantinidou und Sandra Miriam Schneider sowie Monia Ben Larbi als wichtigen Part ihres inneren Teams.

Wir danken von Herzen unseren Nächsten, Rocky und Valery, Mike und Mia, für die Liebe, Geduld und Unterstützung während abend- und wochenendlicher Arbeitseinheiten und Skypekonferenzen zwischen Berlin und Singapur.

This book is dedicated to Valery and Mia.

Berlin und Singapur, August 2017

Juliane Ade

Nadja Alexander

Inhalt

Vorwort 3

1. Teil Einführung 11

A. ADR-Entwicklung 11

B. Das Mediationsgesetz (MediationsG) 12

C. Anwendungsfelder von Mediation 14

2. Teil Mediation 16

A. Grundlagen 16

I. Definition 16

II. Grundsätze/Prinzipien 19

1. Inhaltsverantwortung, Selbstbestimmung und Eigenverantwortung der Parteien 20

2. Prozessverantwortung, Neutralität und Allparteilichkeit 20

3. Freiwilligkeit 21

4. Vertraulichkeit 22

5. Kooperationsbereitschaft 23

6. Ergebnisoffenheit 24

7. Zukunftsorientierung 24

B. Überblick Mediationsverlauf 25

C. Auftragsklärung und Fallmanagement 25

I. Kontaktaufnahme 26

II. Prüfung der Geeignetheit 27

1. Geeignetheit des Mediators 28

2. Dispositionsbefugnis der Beteiligten 28

3. Mediationswille 29

4. Beziehungsebene 30

5. Komplexität 30

6. Erfolglosigkeit früherer Streitbeilegungsversuche 31

7. Gefahr der Situationsverschlechterung für eine Partei 31

III. Rechts-/Beratung 32

IV. Grenzen/Alternativen zu Mediation 34

V. Vorbereitende Einzel-/Gespräche 34

Inhalt

VI. Prüfung der zu beteiligenden Personen	35
VII. Informationsbeschaffung	37
VIII. Organisatorische Rahmenbedingungen	37
IX. Vertragliche Rahmenbedingungen der Mediation	38
D. Mediationssitzungen: Phasenmodell der Mediation	39
I. Eröffnung und Basis: Phase I	40
II. Bestandsaufnahme: Phase II	42
III. Konflikt- und Interessenklärung: Phase III	44
1. Konfliktklärung	45
2. Interessen erarbeiten	45
IV. Lösungssuche: Phase IV	47
1. Optionen sammeln	48
2. Optionen bewerten	49
3. Optionen verhandeln	50
V. Einigung und Abschluss: Phase V	50
E. Umsetzung des Mediationsergebnisses	53
F. Haltung, Rolle und Arbeitsweise des Mediators	53
I. Empathie/Akzeptanz	53
II. Verfahrensleitung und Gesprächsmoderation	54
III. Visualisierung	54
IV. Unterstützung der Selbstklärung	55
V. Umgang mit Machtungleichgewichten	55
VI. Prozessbeobachtung und Arbeitshypothesen	56
VII. Selbstwahrnehmung und -reflektion	56
VIII. Feedback	57
3. Teil Unterschiedliche Vermittlungsansätze	58
A. Einführung	58
B. Das Mediation-Metamodell	59
I. Die zwei Dimensionen des Metamodells	60
1. Interventionsform und Rollenverständnis des Vermittlers	60
2. Die Natur der Interaktion zwischen den Parteien	60
a) <i>Distributiver Ansatz</i>	61
b) <i>Integrativer Ansatz</i>	61
c) <i>Dialogischer Ansatz</i>	61
II. Die sechs Vermittlungsmodelle	62
1. Vergleichsvermittlung (settlement mediation)	62
2. Moderierende Vermittlung (facilitative mediation)	63
3. Transformative Vermittlung (transformative mediation)	64

4. Fachberatungsvermittlung (expert advisory mediation)	65
5. Weisenrat-Vermittlung (wise counsel mediation)	66
6. Diagnostik-Vermittlung (diagnostic mediation)	66
III. Die »fluide« Natur des Mediation-Metamodell	67
IV. Verbreitung der Vermittlungsmodelle in Deutschland und im Ausland	68
C. Spektrum der Streitbeilegungsverfahren	69
I. Kollaboratives Anwaltungsverfahren	70
II. Schlichtung	71
1. Verfahrensmerkmale	71
2. Ablauf und Verfahren	72
3. Das Verbraucherstreitbeilegungsgesetz (VSBG)	73
4. Schlichtungsstellen	74
III. Schiedsgerichtsverfahren	76
IV. Kombination von Mediations- und Schiedsgerichtsverfahren	77
1. Mediation und Schiedsspruch mit vereinbartem Wortlaut	77
2. Med-Arb (Mediation-Arbitration)	78
3. Arb-Med (Arbitration-Mediation)	79
4. Mediationsfenster (Mediation window) und Arb-Med-Arb	80
5. SEAM	80
6. Vertiefung: Mediator und Schiedsrichter in Personalunion	81
a) Zulässigkeit	81
b) Schlussfolgerungen für die Praxis	82
V. Schiedsgutachten	82
4. Teil Rechtliche Grundlagen von Mediation	83
A. Überblick	83
B. Recht in der Mediation	84
I. Funktionen des Rechts in der Mediation	85
II. Das »Ob« der Rechtsberatung	85
III. Moderation von Rechtsgesprächen in der Mediation	87
1. Aufgaben des Mediators	87
2. Einbeziehung des Rechts in den Mediationsprozess	88
a) Recht im Rahmen der Eröffnung	88
b) Recht im Rahmen der Bestandsaufnahme und Themensammlung	88
c) Recht im Rahmen der Konflikt- und Interessenklärung	90
d) Recht im Rahmen der Ergebnisfindung	91
e) Recht im Rahmen der Vertragsgestaltung	91
IV. Rechtsberatungs-Modelle	93
1. Überblick und gesetzliche Vorgaben	93
2. Die Modelle im Einzelnen	94
a) Externe Rechtsberatung durch Parteianwälte	94
b) Mediationsinterne Rechtsberatung durch begleitende Parteianwälte	95

- c) *Punktuelle interne Rechtsberatung durch Parteianwälte* 95
- d) *Gemeinsame Externe Rechtsberatung* 96
- e) *Interne Rechtsberatung durch gemeinsamen Rechtsanwalt* 97
- f) *Punktuelle interne Rechtsberatung durch gemeinsamen Rechtsanwalt* 97
- g) *Rechtsberatung durch den Anwaltmediator* 97

C. Recht der Mediation 99

I. Vertragsgestaltungen in der Mediation 100

- 1. Überblick 100
- 2. Mediationsabrede: Vereinbarung der Parteien untereinander 101
 - a) *Inhalt und Form* 102
 - b) *Rechtsnatur* 103
 - c) *Wirksamkeit* 103
 - d) *Mitwirkungspflichten der Parteien* 104
- 3. Präventive Mediationsabrede/-klausel der Parteien 106
 - a) *Zweck* 106
 - b) *Inhalt und Form* 107
 - c) *Wirksamkeit* 109
- 4. Mediationsauftrag 110
 - a) *Inhalt, Form und Wirksamkeit* 110
 - b) *Rechtsnatur* 111
 - c) *Vergütung des Mediators* 111
- 5. Abschlussvereinbarung der Parteien 112
 - a) *Inhalt und Form* 112
 - b) *Rechtsnatur* 113
 - c) *Wirksamkeit* 114

II. Offenbarungspflichten und Tätigkeitsbeschränkungen des Mediators 114

- 1. § 3 Absatz 1 MediationsG: Offenbarungspflicht und bedingte Tätigkeitsverbote 115
- 2. § 3 Absatz 2 MediationsG: Absolute Tätigkeitsverbote 118
 - a) *Sachverhaltsidentität* 118
 - b) *Zeitpunkt der Prüfung* 119
- 3. § 3 Absatz 3 und 4 MediationsG: Dispositive Tätigkeitsverbote 119
- 4. Tätigkeitsbeschränkungen im anwaltlichen Berufsrecht 121
 - a) *Anwaltliche Tätigkeit für eine der Parteien* 121
 - b) *Doppelmandat des Anwaltmediators* 123
 - c) *Anderweitige Tätigkeit als Mediator* 125

III. Vertraulichkeit 125

- 1. Verschwiegenheit des Mediators 126
 - a) *§ 4 MediationsG* 126
 - b) *Berufsrechtliche Verschwiegenheitspflichten* 130
- 2. Vertraulichkeitsvereinbarung der Parteien 131
 - a) *Parteivereinbarung zur Verschwiegenheit* 133
 - b) *Sicherung der Vertraulichkeit durch Prozessvertrag* 134
 - c) *Vertraulichkeit der Rechts-/Beistände* 137

IV. Mediation und Rechtsdienstleistung 137

- 1. Rechtsberatungsbefugnis 137
- 2. Erlaubte Rechtsinformation 139

3. Rechtliche Hinweis- und Erörterungspflichten	139
V. Titulierung/Durchsetzbarkeit der Abschlussvereinbarung	141
1. Gestaltungsmöglichkeiten der (Mediations-)Abschlussvereinbarung	141
2. Vollstreckbarer Titel	142
VI. Unterlassen streitiger Aktionen	144
1. Vorläufiger (dilatorischer) Klageverzicht	144
a) <i>Regelungsbedarf</i>	144
b) <i>Wirkung/Rechtsfolge: Unzulässigkeit der Klage</i>	145
2. Aussetzung des Gerichtsverfahrens	146
VII. Hemmung der Verjährung von Ansprüchen	146
1. Bedeutung	146
2. Hemmung der Verjährung nach §§ 194 ff. BGB	146
3. Privatautonome Regelungen der Parteien	148
4. Gesetzliche Ausschlussfristen	149
VIII. Haftung des Mediators	149
1. Vertragliche Haftung	150
2. Spezialgesetzliche Haftung	151
3. Haftung für berufsrechtliche Pflichten	152
4. Allgemeingesetzliche Haftung	153
IX. Strafrecht	153
X. Interprofessionelle Zusammenarbeit	154
XI. Qualifikation und Bezeichnung des Mediators	155
1. Allgemein	155
2. Zertifizierter Mediator	155
3. Titel, Mediations- und Ausbildungs-Standards von Mediationsverbänden	156
4. Akkreditierungsregeln und Standards: Internationale Trends	157
5. Teil Gerichtsnahe außergerichtliche Mediation	159
A. Obligatorische Güteverfahren	160
B. Gerichtliche Verweisung nach außen	161
C. Mediationskosten	162
6. Teil Gerichtliche Mediation im Rahmen der Güterichterverfahren	163
A. Gesetzliche Verankerung	163
B. Der Güterichter	164
C. Das Güterichterverfahren	165
I. Allgemeine Verfahrensgrundsätze	165
II. Güterichterliche Mediation	167
III. Verfahrensende	168
IV. Qualifikation	168

Inhalt

7. Teil Verweisung an die Mediation – Verweisungssystematik 170

A. Verweiskriterien 171

B. Verweisungsmethoden 173

Index 174

Literaturverzeichnis 176

1. Teil Einführung

A. ADR-Entwicklung

Mediation entstand in den 1960er und 70er Jahren vornehmlich in den USA und weiteren Ländern des angloamerikanischen Sprach- und Rechtsraums. 1

► **Exkurs:** Die Entwicklung von alternativen Streitbeilegungsansätzen geht im rechtlichen Kontext auf die vergleichsweise lange Dauer von Gerichtsverfahren, damit einhergehende hohe Kosten, die Unvorhersehbarkeit des Ausgangs und die Wahrnehmung, dass die gerichtliche Streitlösung in vielen Fällen tatsächlich nicht zu einer befriedigenden Lösung für die Beteiligten und damit nicht zu Rechtsfrieden führt, zurück. In diesem Zusammenhang bedeutsam war die Pound Conference 1976 in den USA. Heute wird mit der Global Pound Conference Series¹ daran angeknüpft. 2

Wörtlich übersetzt bedeutet *mediation* sehr allgemein Vermittlung. Im Kontext der Alternativen Formen der Streitbeilegung (*Alternative Dispute Resolution – ADR*) ist Mediation eine spezifische Form der Vermittlung durch eine von allen Beteiligten anerkannte, »neutrale« Person, welche die Parteien in einem informellen Verfahren dabei unterstützt, selbst eine einvernehmliche Lösung zu ihrem Konflikt zu finden.² 3

1 »Shaping the future of dispute resolution & Improving Access to Justice«, www.globalpound-conference.org, zuletzt besucht: 25.5.2017.

2 Zu den sprachlichen u. historischen Hintergründen z. B. Hehn in: *Haft/Schlieffen*, § 2 m. w. N.; *Breidenbach*, Mediation; zu den gesellschaftspolitischen Entwicklungen, die die Entstehung alternativer Streitbeilegungsmethoden förderten, vgl. *Alexander* in: *Hopt/Steffek*, Mediation, Kap. 2.

- 4 **Definition: Alternative Formen der Streitbeilegung (ADR)**
Der Begriff bezeichnet im Allgemeinen sämtliche Verfahren der Beilegung von Rechtsstreitigkeiten, welche den Streitenden alternativ zur staatlichen Gerichtsbarkeit zur Verfügung stehen. Abhängig vom Kontext steht er manchmal im engeren Sinne nur für außergerichtliche oder nur für einvernehmliche Streitbeilegung im Wege der Einigung. Angesichts der vielen Zwischenformen und der auch in schieds-/gerichtlichen Verfahren jederzeit bestehenden Möglichkeit der einvernehmlichen Konfliktbeilegung, erscheint eine solche Einengung allerdings immer weniger sinnvoll.³ ADR schließt heutzutage häufig die private und sogar die staatliche Gerichtsbarkeit ein. ADR bedeutet in diesem Sinne, **das jeweils passendste Verfahren** für eine konkrete Situation (den Konflikt und die Konfliktbeteiligten) zur Verfügung stellen zu können.⁴ Insofern findet sich das Akronym ADR auch als Kurzform für *Appropriate Dispute Resolution*.⁵

- 5 Über diese, die Mediation charakterisierenden Grundmerkmale hinaus lässt sich weltweit eine immer stärkere Differenzierung unterschiedlicher **Mediationsmodelle** beobachten.⁶ Es kann durchaus als eine der **Errungenschaften von Mediation** bezeichnet werden, dass die Rolle der Vermittlungsperson⁷, die Verfahrensstruktur (Prozess) und die Arbeitsweise (Methoden) von Streitbeilegungsverfahren i. w. S. mittlerweile zum Inhalt einer differenzierten theoretischen und praktischen Auseinandersetzung auf der Grundlage multidisziplinärer Erfahrungen, wissenschaftlicher Untersuchungen und Diskussionen wurden.

B. Das Mediationsgesetz (MediationsG)

- 6 Seit dem 26. Juli 2012 gilt in Deutschland das **Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung**, das als Artikel 1 das Mediationsgesetz (BGBl. I, 1577 – MediationsG) beinhaltet. Es setzte nach einem mehr als vierjährigen Prozess die EU-Richtlinie über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen vom 21. Mai 2008 (2082/52/EG – Mediations-RL)⁸ des Europäischen Parlaments und des Rates um.
- 7 Der Gesetzgeber wollte mit dem MediationsG ausdrücklich Anreize für eine einverständliche Streitbeilegung schaffen, um die Lösung von Konflikten zu beschleunigen.

³ S. hierzu auch Teil 3, Spektrum der Streitbeilegungsverfahren, Rn. 245, sowie die Teile 5 u. 6 zu Mediation im gerichtsnahen u. im gerichtlichen Kontext, Rn. 626 ff. und 640 ff.

⁴ S. Rn. 681. Dem entspricht z. B. die Idee vom sogenannten *Multi Door Court House*, s. z. B. die Internetseite der Gerichte des U. S. Bundesstaat New York, https://www.nycourts.gov/ip/adr/What_Is_ADR.shtml#Collaborative, zuletzt besucht 25. 5. 2017.

⁵ S. z. B. das Oregon Department of Justice ADR-Programm: <http://www.doj.state.or.us/adr/pages/index.aspx>, zuletzt besucht 28. 5. 2017.

⁶ S. hierzu unten Teil 3. Es findet eine dem ADR-Begriff vergleichbare differenzierende u. integrierende Entwicklung statt: Während noch vor einiger Zeit verschiedene Mediationsansätze als gegensätzlich wahrgenommen u. zum Teil vehement gegeneinander vertreten wurden, wird mittlerweile verstärkt auf die kontextbezogene Angemessenheit von Mediationsansätzen geblickt.

⁷ Wo möglich verwenden wir die geschlechtsneutralen Bezeichnungen für Personen.

⁸ ABl. der EU vom 24. 5. 2008, DE, L 136/3 ff., <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:de:PDF>, zuletzt besucht 21. 3. 2017.

gen, den Rechtsfrieden nachhaltig zu fördern und die staatlichen Gerichte zu entlasten.⁹ In diesem Sinne hat das Bundesverfassungsgericht bereits 2007 in einem Beschluss festgestellt, dass auch in einem Rechtsstaat der Versuch, eine zunächst streitige Problemlage durch eine einverständliche Lösung zu bewältigen, grundsätzlich vorzugswürdig gegenüber einer richterlichen Streitentscheidung sei.¹⁰

Der Gesetzgeber hebt Mediation besonders hervor und weist dem Verfahren damit quasi **Modellcharakter im Rahmen der außergerichtlichen Streitbeilegung** zu.¹¹ 8

Die Entstehung diverser, den Zugang zu Mediation institutionalisierender Organisationen bzw. das wachsende Angebot von Zugangsmöglichkeiten und Mediationsdienstleistungen in bestehenden Institutionen¹² und die **zunehmende Regulierung** durch nationale und internationale Gesetzgebung¹³ sind kennzeichnend für die stetige, sowohl regionale als auch auf bestimmte Gesellschaftsbereiche bezogene, Ausbreitung von Mediation. 9

Beispiele: In den letzten Jahren wurde Mediation in internationalen Kindschaftssachen, u. a. auch durch staatliche Förderung, stark vorangetrieben. Im Bereich des internationalen Privatrechts rückt Mediation an der Seite und im, auch institutionellen, Rahmen der Schiedsgerichtsbarkeit immer mehr in den Fokus. Im Bereich Arbeit/Wirtschaft wird der Zugang zu Mediation u. a. durch die Einführung von Konfliktmanagementsystemen in Unternehmen und die Arbeit innerbetrieblicher Mediatoren erleichtert. IHK-Einrichtungen informieren über Mediation und bieten auf ihren Internetseiten Mediatorenlisten. Im gerichtlichen Kontext ist Mediation im Rahmen des Güterichterverfahrens ein rechtlich etabliertes, wenn auch derzeit rein faktisch noch regionales, Angebot.¹⁴ Insbesondere in den USA sind mittlerweile in einer ganzen Reihe von Bundesstaaten sgn. *Community Dispute Resolution* Programme etabliert, die kostengünstig Mediation in den verschiedensten gesellschaftlichen Bereichen anbieten.¹⁵ Die erhobenen Fallzahlen mögen immer noch vergleichsweise gering erscheinen, der Bekanntheitsgrad und das tatsächliche Angebot bzw. der Zugang zu diesem wachsen aber stetig. 10

Dazu passt, dass das MediationsG in seinem Regelungsumfang über die Verpflichtung zur Umsetzung der Mediations-Richtlinie, die sich nur auf grenzüberschreitende Mediationsverfahren bezog, hinausgeht. Für die Umsetzung der Richtlinie hätte es keines eigenen Mediationsgesetzes bedurft.¹⁶ Kern-/Streitpunkte des Rechtssetzungsprozesses waren insbesondere die Themen Qualitätssicherung (mit Fokus auf 11

9 Begr. RegE BT-Drucks. 17/5335, S. 11.

10 BVerfG, Beschluss vom 14. 2. 2007, 1 BvR 1351/01.

11 Ewig, ZKM 2012, 4, 4.

12 Die Gerichtsmediation ist hier nur ein Beispiel, auch Schlichtungs- u. Schiedsgerichtsinstitutionen haben Mediation mittlerweile oft in ihrem Angebot.

13 Alexander/Walsh/Svatos; Hopt/Steffek in: Hopt/Steffek, S. 3 ff.

14 Zu Mediation im gerichtlichen Kontext u. im Rahmen des Güterichterverfahrens s. Teil 5 u. 6.

15 S. z. B. <https://www.nycourts.gov/ip/adr/Publications/Brochures/cdrpc.pdf>, zuletzt besucht 25. 5. 2017.

16 U. a. Duve, ZKM 4/2012, 108.

die Ausbildung und Zertifizierung von Mediatoren)¹⁷ und gerichtliche bzw. gerichtsin-
terne Mediation im Rahmen des Güterichterverfahrens¹⁸.

C. Anwendungsfelder von Mediation

- 12 Mediation kann in praktisch allen Lebensbereichen sinnvoll sein, in denen Konflikte auftreten: innerhalb und zwischen Organisationen, in Familien, Schulen, Nachbarschaften und Gemeinden, bei Miet- und Verbraucherbeziehungen, im Täter-Opfer-Ausgleich und im gesellschafts-/politischen Umfeld. Die besonderen Rahmenbedingungen und Anforderungen der unterschiedlichen Einsatzgebiete haben Einfluss auf die jeweilige Mediationspraxis.¹⁹
- 13 Mediation ist darüber hinaus nicht nur bei Konflikten, sondern grundsätzlich, wenn es um Klärungs- und Regelungsbedarf geht, somit auch generell in Verhandlungs- bzw. Entscheidungsprozessen, einsetzbar. Zum Teil wird hier auch von präventiver Mediation gesprochen.
- 14 Das MediationsG enthält insoweit richtigerweise keine Aussagen darüber, wann Mediation ein geeignetes Vorgehen für die Beteiligten darstellt. Es formuliert lediglich eine Art Leitbild, das Begriffsbestimmungen für Mediation und für den Mediator enthält, an die durchaus konkrete Rechtsfolgen, Rechte und Pflichten geknüpft sind.
- 15 Dem Leitbild entsprechend gibt es Anhaltspunkte, die für die **Geeignetheit von Mediation** in einer konkreten Situation sprechen. Diese werden zu Beginn der Mediation bzw. in der Vorbereitung mit den Parteien gemeinsam erkundet.
- 16 • In Abgrenzung zu anderen Formen der Streitbeilegung mit Drittbeteiligung (Schlichtung, Schiedsgerichts- und Gerichtsverfahren) ist Mediation insbesondere dann geeignet, wenn die **Interessen** der Beteiligten **Basis und Maßstab** für das Ergebnis sein sollen und die Parteien Wert darauf legen, das Verfahren und die Entscheidung selbst in der Hand zu behalten und diese nicht an Dritte (Schlichtung) zu delegieren oder sich sogar einem Urteil zu unterwerfen (Schieds-/Gericht).²⁰
- 17 • In Abgrenzung zur einfachen Verhandlung ohne externe Unterstützung, und auch zum schieds-/gerichtlichen Verfahren,²¹ kann quantitative und/oder qualitative **Komplexität** Anlass dafür sein, den Prozess durch eine externe, neutrale Person begleiten zu lassen, die sich ganz auf die Steuerung des Verfahrens und die Unterstützung der Kommunikation konzentriert. Für die Parteien reduziert sich damit u. a. die Menge (und damit auch die Komplexität) der von ihnen parallel zu bewältigenden Aufgaben.
- 18 • Mediation bietet sich an, wenn das Risiko besteht, dass vergangene und/oder aktuelle Differenzen eine Verhandlung oder ein Klärungsgespräch derart beeinträchtigen, dass eine Zufriedenheit auf Verfahrensebene (Prozess) und hinsichtlich des potenziellen Ergebnisses nicht zu erwarten bzw. eher fraglich ist. Sobald

17 S. dazu Rn. 613 ff.

18 S. Rn. 640 ff.

19 Zu unterschiedlichen Arbeitsgebieten der Mediation s. z. B. *Haft/Schlieffen*.

20 Spektrum der Streitbeilegungsverfahren, Rn. 246. Grundmuster der Konfliktlösung in: *Schwarz*, S. 281 ff.

21 S. *Schäfer* in: *Torggler*, Rn. 211 f.

ein Gespräch der Beteiligten untereinander aufgrund der **Eskalationsdynamik**²² voraussichtlich nicht mehr dazu beiträgt, dass Konflikte geklärt werden, sondern eher dazu führt, dass weitere Konfliktthemen und -ereignisse hinzukommen, ist eine Mediation empfehlenswert.

Letztlich ist entscheidend, ob die Beteiligten die eigenverantwortliche, kooperative Konfliktklärung und -lösung wollen und die Bereitschaft mitbringen, die dafür notwendigen Ressourcen – Zeit, finanzielle Mittel, persönliches Engagement – zu investieren: Mediation ist geeignet, wenn die Parteien dem zustimmen.²³ 19

²² *Glasl*, S. 207 ff. u. a.

²³ S. u. a. *Mähler/Mähler* in: *Büchting/Heussen*, § 48, Rn. 56 ff. m. w. N. Auch im Güterrichterverfahren (s. u. Rn. 640 ff.) wird, ohne explizite gesetzliche Vorgabe, eine Mediation nur mit Zustimmung der Parteien durchgeführt; *Moltmann-Willisch* in: *Haft/Schlieffen*, § 51, Rn. 13 m. w. N. Allgemein zu Verweiskriterien s. Rn. 664 ff.

2. Teil Mediation

- 20 Mediationsvoraussetzungen, Merkmale von Mediation, Prinzipien, Haltung und Verhalten der Beteiligten sowie Fragen der Arbeitsweise korrespondieren miteinander, so dass wichtige Aspekte in der Darstellung von Mediation an verschiedenen Stellen mit jeweils anderem Fokus wiederkehren.

A. Grundlagen

I. Definition

- 21 Es gibt zahlreiche Definitionsansätze, welche die unterschiedlichen professionellen Hintergründe,²⁴ Praxisbereiche und Auffassungen von Mediation (Mediationsmodelle) widerspiegeln; sie reichen von der inhaltlich abstinenten bis hin zur (auch) fachlich beratenden Vermittlung.²⁵
- 22 Mediation ist
- »Vermittlung in Streitfällen durch unparteiische Dritte, die von allen Seiten akzeptiert werden.«²⁶
 - »ein außergerichtliches, freiwilliges Konfliktbearbeitungsverfahren, in dem Konfliktpartner mit Unterstützung eines neutralen Dritten ohne inhaltliche Entscheidungsbefugnis gemeinsame, aufeinander bezogene Entscheidungen treffen.«²⁷
 - »eine Kunst, Konflikte in einer konstruktiven Art zu deeskalieren und zu bearbeiten.«²⁸
 - »eine Variante zur einvernehmlichen Konfliktbeilegung [...] und insofern die wichtigste, als sie in einigen wesentlichen Hinsichten in prononciertem Kontrast zum Gerichtsprozess entwickelt wurde: die Eigenverantwortlichkeit der Konfliktparteien für eine einvernehmliche Lösung wurde ebenso herausgestellt wie die Freiwilligkeit aller Beteiligten [...] und die Vertraulichkeit.«²⁹

²⁴ Als Mediator können grundsätzlich Menschen mit den unterschiedlichsten beruflichen Hintergründen tätig werden. Zu den berufsrechtlichen Voraussetzungen u. Bedingungen s. Teil 4, Rn. 615 ff.

²⁵ Zu den Mediationsmodellen s. Teil 3, Rn. 272 ff.

²⁶ *Besemer*, S. 14.

²⁷ *Breidenbach*, S. 137.

²⁸ *Dulabaum*, S. 8 f.

²⁹ *Montada/Kals*, S. 3 f.

- »ein Verfahren, bei dem Parteien mit Hilfe eines oder mehrerer neutraler Dritter freiwillig und eigenverantwortlich eine einvernehmliche Beilegung ihres Konflikts anstreben.«³⁰
- ein strukturierter Prozess, der eine oder mehrere Sitzungen beinhaltet, in welchen ein oder mehrere Unparteiische, ohne über den Streit oder einen Teilaspekt zu urteilen, den streitenden Parteien helfen, einiges oder alles des Folgenden zu tun:
 - a) strittige Sachverhalte zu identifizieren;
 - b) Optionen auszuloten und zu generieren;
 - c) miteinander zu kommunizieren;
 - d) eine Vereinbarung über die Lösung oder Teillösung des Streites zu erreichen.³¹

Die **Mediations-RL der europäischen Gemeinschaft** definiert in Art. 3 Buchstabe a) 23
 Mediation als ein »strukturiertes Verfahren unabhängig von seiner Bezeichnung, in dem zwei oder mehr Streitparteien mit Hilfe eines Mediators auf freiwilliger Basis selbst versuchen, eine Vereinbarung über die Beilegung ihrer Streitigkeit zu erzielen«. Den Mediator definiert sie zusätzlich als »eine dritte Person, die ersucht wird, eine Mediation auf wirksame, unparteiische und sachkundige Weise durchzuführen« (Art. 3 Buchstabe b).³²

Im deutschen Recht gibt es mit §1 MediationsG, der in Absatz 1 den Begriff der Me- 24
 diation und in Absatz 2 den Begriff des Mediators im Sinne des Gesetzes erläutert, nunmehr eine gesetzliche Definition von Mediation. Mediation zeichnet sich demnach durch folgende Merkmale³³ aus:

- **Eigenverantwortung der Parteien/Medianden** – Mediation beruht auf dem 25
 Gedanken der Privat- bzw. Parteiautonomie. Das bedeutet, dass die Parteien über die Mediationsinhalte, sowie insbesondere den Inhalt der abschließenden Vereinbarung, entscheiden und diesbezüglich Verantwortung tragen. Der Mediator ist nicht entscheidungsbefugt.
- **Freiwilligkeit** – Die Freiwilligkeit bezieht sich sowohl auf die Teilnahme an der 26
 Mediation als auch auf das Ergebnis, die mögliche Einigung. Freiwilligkeit bedeutet insbesondere auch für alle Beteiligten die jederzeitige Möglichkeit, aus dem Mediationsverfahren ohne Nachteile aussteigen zu können.
- **Konsensorientierung** – Mediation hat die vom Einvernehmen aller Beteiligten 27
 getragene Bearbeitung und Lösung von Konflikten zum Ziel.
- **Vertraulichkeit** – Es sollen gegen den Willen der Parteien keine Informationen 28
 nach außen getragen und auch nicht in einem nachfolgenden Prozess gegen eine Seite verwandt werden. Das Gesetz regelt die umfassende Verschwiegenheitspflicht des Mediators.
- **Verfahrensverantwortung, Unabhängigkeit und Neutralität des Mediators** – 29
 Die Inhaltsverantwortung ist personell von der Verfahrensverantwortung getrennt. Der Mediator ist ausschließlich für das Verfahren und die Unterstüt-

30 Risse, geltungserhaltende Auslegung des §1 Abs. 1 MediationsG, der ein gesetzgeberischer Fehlgriff sei, SchiedsVZ 2012, 244, 246.

31 Section 4, Mediation Ordinance, Hong Kong 2013.

32 Mediations-RL 2008/52/EG.

33 Kritisch zum Charakter der Merkmale Risse, SchiedsVZ 2012, 244, 247.

zung der Verständigung der Parteien verantwortlich. Die Neutralität und Unabhängigkeit beziehen sich auf den Mediationsfall und auf die Parteien.

- 30 • **Verfahrensstruktur** – Mediation ist ein strukturiertes Verfahren. Ein solches liegt vor, wenn das Verfahren einer gewissen Systematik und Methodik folgt. Üblicherweise orientieren sich Mediatoren im Verlauf an einem sog. Phasenmodell.³⁴ Im Übrigen arbeiten sie mit bewährten Kommunikationstechniken, welche die Parteien bei ihrem Prozess der Verständigung unterstützen.
- 31 Die Definition der Mediation durch den Gesetzgeber ist bewusst weit gehalten, sie setzt Parteien wie Mediatoren keine engen Grenzen. Bemerkenswert ist die Bedeutung, die der Gesetzgeber der Verantwortung der Parteien für die Sache (den Konflikt und seine Lösung) einerseits und der Rolle des Mediators als Verfahrensbegleiter mit Expertise und Verantwortung für den Prozess (und eben nicht die Sache) andererseits zuschreibt.³⁵ Hier findet sich gesetzlich verankert der **Paradigmenwechsel**, für den Mediation für viele Menschen weltweit steht, wieder.

32

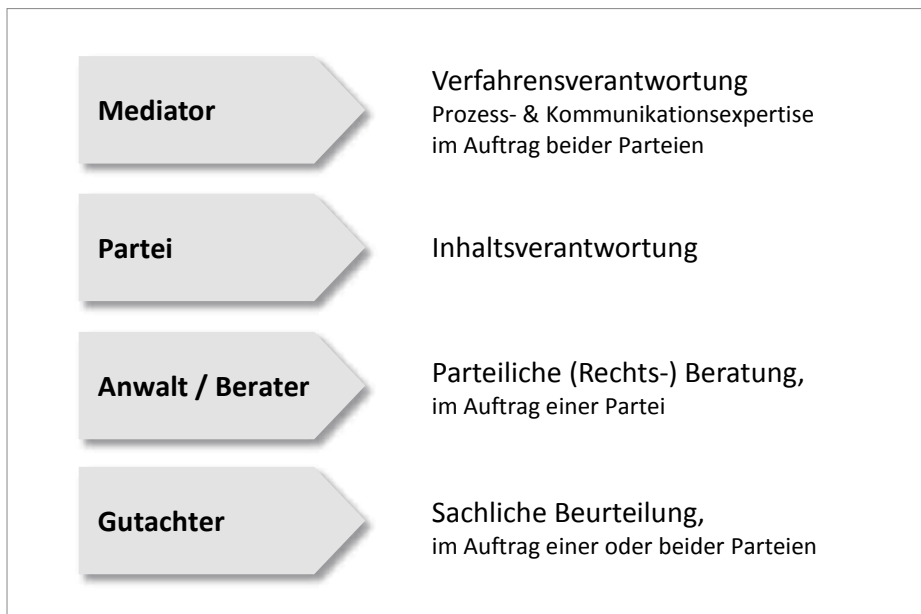


Abb. 1 Schaubild Mediationsbeteiligte und ihre Aufgaben

- 33 Nach den Standards und Richtlinien der maßgeblichen deutschen Mediationsverbände gehören auch die **Orientierung an den Bedürfnissen und Interessen** der Parteien und die grundsätzliche Anwesenheit aller am Konflikt Beteiligten zu den Merkmalen von Mediation.³⁶ Charakteristisch für die interessenorientierte Mediation ist das – zu-

³⁴ S. u. Teil 2, Rn. 131 ff.

³⁵ Diese Wertung findet sich auch in der Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 17/5335, S. 14; s. a. Wagner/Eidenmüller in: Eidenmüller/Wagner, Rn. 9; Hagel in: Klowait/Gläßer, §1, Rn. 15.

³⁶ S. u. a. www.bmev.de, www.bafm-mediation.de, www.bmwa.de, www.deutscher-mediationsrat.de, www.dgm-web.de, alle zuletzt besucht 25. 5. 2017.

mindest teilweise – Entstehen von Verständnis für die Perspektive der anderen Partei, bevor an Lösungsmöglichkeiten gearbeitet wird. Diese Verständniserweiterung, auch als **Perspektivwechsel** bezeichnet, öffnet häufig erst den Raum für wertschöpfende Lösungen jenseits des positionorientierten beiderseitigen Nachgebens und für die tatsächliche Befriedung von Konflikten.

Mit Blick auf die **Subjektivität menschlicher Wahrnehmung** wird in der Mediation grundsätzlich keine Tatsachenfeststellung vorgenommen. Die (Hinter-)Gründe für unterschiedliche Perspektiven der Parteien und deren Anerkennung spielen bei der Klärung und Lösung von Konflikten häufig eine wichtige Rolle. 34

Neben der Trennung von Inhalts- und Verfahrensverantwortung in der Mediation ist die Interessenorientierung damit ein weiteres wichtiges Unterscheidungsmerkmal gegenüber rechtsbasierteren Verfahren wie der Schlichtung und dem Schiedsverfahren.³⁷ Vor diesem Hintergrund wird die in diesem Buch zugrunde gelegte Definition von Mediation neben den gesetzlichen Merkmalen um das der Interessenorientierung ergänzt: 35

Definition:³⁸ **Mediation** ist ein freiwilliges Verfahren, in dem die Beteiligten mit Unterstützung allparteilicher Dritter selbstbestimmt eine interessenorientierte Lösung erarbeiten können. 36

II. Grundsätze/Prinzipien

Die Grundsätze oder Prinzipien von Mediation sind keine klar umrissenen Tatbestandsmerkmale, sondern Attribute, welche den Beteiligten, methodisch insbesondere den Mediatoren, als Orientierung dienen. Sie sind zugleich **Beurteilungsmaßstab wie Verhaltensrichtlinie**.³⁹ 37

Die Auffassung dazu, welche Prinzipien für wichtig erachtet werden und auf welche Art und Weise sie in die praktische Arbeit einfließen, variiert nicht nur zwischen, sondern auch innerhalb von Mediationsansätzen. In Mediationsausbildungen und Trainings geht es daher insbesondere auch darum, methodisch den Umgang mit diesen Prinzipien zu vermitteln. 38

7 Grundprinzipien der Mediation

- Inhaltsverantwortung, Selbstbestimmung und Eigenverantwortung der Parteien
 - Prozessverantwortung, Neutralität und Allparteilichkeit des Mediators
 - Freiwilligkeit
 - Vertraulichkeit
 - Kooperation
 - Ergebnisoffenheit
 - Zukunftsorientierung
- 39

³⁷ S. das Spektrum der Streitbeilegungsverfahren, Teil 3, Rn. 245.

³⁸ Diese Definition wie auch einige weitere Schaubilder sind Ergebnisse der kollegialen Lehr-, Mediations- und Ausbildungspraxis im Rahmen der Mediationsstelle Frankfurt (Oder), 2001 bis ca. 2005.

³⁹ S. dazu auch *Alexander/Roberge/Ibrahim*, S. 55 ff., sowie *Ade/Schroeter* in: *Freitag/Richter*, S. 184–194.

1. Inhaltsverantwortung, Selbstbestimmung und Eigenverantwortung der Parteien

- 40 Mediation hat das Ziel, eine selbstbestimmte Konfliktbearbeitung und Entscheidungsfindung zu unterstützen bzw. zu ermöglichen. Die inhaltliche, das heißt auf den Konfliktgegenstand bezogene, Verantwortung und Entscheidungsbefugnis wird nicht an Dritte delegiert. Dies setzt voraus, dass die Parteien sich informieren, aktiv ihre Interessen einbringen und sich mit den Bedürfnissen und Interessen der anderen Beteiligten auseinandersetzen und Verantwortung für ihr Handeln und dessen Folgen übernehmen. Der **Mediator etabliert die Verantwortungsübernahme** der Parteien zu Beginn der Mediation und aktiviert sie ggf. auch an anderen Stellen im Verlauf der Mediation immer wieder.

- 41 **§§ Hinweis:** Das Mediationsgesetz nennt die Eigenverantwortlichkeit der Parteien ausdrücklich als Merkmal der Mediation (§ 1 Abs. 1 MediationsG). Es macht des Weiteren an diversen Stellen Verfahrensentscheidungen von der expliziten Zustimmung der Parteien abhängig (z. B. § 2 Abs. 4 und § 2 Abs. 6 Satz 3 MediationsG).

2. Prozessverantwortung, Neutralität und Allparteilichkeit

- 42 Der Mediator ergreift nicht Partei für die eine oder die andere Seite, die neutrale Haltung wird gestützt durch seine Unabhängigkeit und Unvoreingenommenheit hinsichtlich des Streitgegenstandes und der beteiligten Personen.⁴⁰ Bei der Beurteilung der Neutralität kommt es nicht nur auf die objektiven Umstände an, maßgeblich ist auch die Wahrnehmung durch die Parteien.⁴¹
- 43 »**Allparteilichkeit**« geht in dem Sinne über ein unparteiliches oder neutrales Verhalten hinaus, wie der Mediator alle Beteiligten in der Herausarbeitung, Formulierung und Verwirklichung ihrer Interessen – unabhängig davon, ob diese widerstreitender Natur sind oder miteinander harmonieren – unterstützt. Er versetzt sich in die Parteien hinein, um ihre Bedürfnisse, Befürchtungen und Wünsche wirklich zu verstehen und nachvollziehen zu können. Kennzeichnend für die Mediation ist eine empathische Grundhaltung des Vermittlers, die er während des gesamten Prozesses beibehält, bzw. zu der er immer wieder zurückfinden muss.⁴²

⁴⁰ Zu Beeinträchtigungen von Unabhängigkeit und Neutralität sowie der damit verbundenen Pflichten zur Offenlegung s. § 3 Abs. 1 MediationsG u. Teil 4, Rn. 440 ff.

⁴¹ Begr. d. RegE, BT-Drucks. 17/5335, S. 16.

⁴² Zum Begriff der Allparteilichkeit, der im MediationsG nicht auftaucht, wohl aber in der Begründung (RegE, BT-Drucks. 17/5335, S. 15), s. u. a. *Gläßer*, S. 63 u. 91 ff.; *Mähler/Mähler* in: *Büchting/Heussen*, § 48, Rn. 64.

» **Exkurs:** Neutralität als Mediationsprinzip wird von einer wachsenden Anzahl von Mediationsexperten in Frage gestellt. Hauptargument ist, dass die persönliche Kultur, Werte und Vorurteile, die jeder als Mensch immer mitbringt, Neutralität zu einem abstrakten Ideal machen. Vor diesem Hintergrund wird dafür plädiert, Transparenz sowie Selbstbestimmung und Kontrolle durch die Parteien als sinnvollere Prinzipien in ihrer Bedeutung der Neutralität des Mediators vorzuziehen. Einige der geforderten Punkte dieser Diskussion finden sich in den, am anwaltlichen Berufsrecht orientierten, deutschen mediationsgesetzlichen Regelungen: So ist der Mediator in bestimmten Fällen zur Offenlegung von Informationen bezüglich möglicher Einschränkungen seiner Neutralität und Unabhängigkeit verpflichtet (s. § 3 Abs. 1 MediationsG).⁴³

44

Zweifel an der Unvoreingenommenheit und der damit verbundenen Fähigkeit zur allparteilichen Unterstützung können entstehen, wenn der Mediator einer Seite näher steht oder besser bekannt ist oder wenn bei Konflikten in Organisationen Inhouse-Mediatoren oder Ombudsleute tätig werden, die von der Organisationsleitung beauftragt oder sogar angestellt sind.⁴⁴

45

§§ **Hinweis:** Das Mediationsgesetz beschreibt in § 1 Abs. 2 MediationsG den Mediator als unabhängig und neutral. Bei diesen Eigenschaften handelt es sich nicht um klar definierte Tatbestandsmerkmale, welche zwingend erfüllt sein müssen. Letztlich entscheiden die Parteien – nach Offenlegung der die Unabhängigkeit oder Neutralität gefährdenden Umstände – darüber, wen sie als Mediator beauftragen (§ 3 Abs. 1 MediationsG). Der Fall widerstreitender Interessen oder der Interessenkollision, zum Beispiel durch einseitige Vor- oder Nachbefassung, ist hingegen durch ein gesetzliches Tätigkeitsverbot klar geregelt (§ 3 Abs. 2 MediationsG).⁴⁵

46

3. Freiwilligkeit

Das Prinzip der Freiwilligkeit entspricht dem Gedanken der Privatautonomie; dieser setzt **den Willen und die Freiheit zur Selbstbindung** voraus. Ein hohes Maß an Freiwilligkeit, an Abwesenheit von (äußerem und innerem) Zwang, unterstützt einen konstruktiven Prozess, der eine wertschöpfende, interessen- und beziehungsgerechte Zusammenarbeit ermöglicht. Die Parteien sollen sich daher möglichst frei dazu entschließen, ihre Angelegenheit im Rahmen einer Mediation miteinander zu bearbeiten. Innere und äußere Zwänge, welche die Freiwilligkeit der Beteiligten einschränken, gilt es zu erkennen und ihren (möglichen) Einfluss auf die Mediation wahrzunehmen. Das Erleben und der Umgang der Parteien mit potentiell die Freiheit einschränkenden Situationen und Konstellationen sind sehr unterschiedlich, es spielen also immer objektive und subjektive Elemente eine Rolle.

47

⁴³ S. hierzu im Teil 4, Rn. 440 ff.

⁴⁴ Gläßer, S. 63 f.

⁴⁵ Teil 4, Rn. 440 ff., 454 ff.

- 48 Die Freiwilligkeit begrenzende Momente sind neben der wirtschaftlichen Situation einzelner Beteiligten z. B. Abhängigkeiten durch die Art der persönlichen Beziehung (Freundschaft, Lebensgemeinschaft, Arbeitsverhältnis usw.). Druck von außen kann dabei sowohl durch drohende Verschlechterung (»Strafe«, Befürchtung einer möglichen Schlechterstellung in einem nachfolgenden Gerichtsverfahren) als auch durch Verbesserung (»Belohnung«) ausgeübt werden. In wirtschaftlichen oder psychischen Abhängigkeitsverhältnissen, zum Beispiel im Rahmen von Familie, Schule, Arbeitsstelle, im Obrigkeitsverhältnis und in Täter-Opfer-Beziehungen, gibt es häufig Momente, die die Freiwilligkeit einschränken. Auch öffentlicher Druck kann sich auf die Freiwilligkeit der Parteien auswirken.
- 49 Bestehen Zweifel hinsichtlich der Freiwilligkeit einer Partei, sind die möglichen Konsequenzen für die Durchführung der Mediation in Betracht zu ziehen; die tatsächliche oder mögliche Einschränkung der Freiwilligkeit ist in angemessener Weise zu thematisieren. Was dabei »angemessen« ist, richtet sich nach den Parteien und der konkreten Situation. In der Entscheidung zur Vorgehensweise orientiert der Mediator sich immer an dem Ziel, die Parteien auf transparente, mediationskongruente Weise zu unterstützen. Gemeinsam mit den Parteien wird ggf. der bestmögliche Umgang mit der Einschränkung in der Mediation erarbeitet. In manchen Fällen ist eine Mediation auch abzulehnen.

- 50 **§§ Hinweis:** Das Mediationsgesetz statuiert die Freiwilligkeit der Teilnahme als **Merkmal der Mediation** (§ 1 Abs. 1 MediationsG). § 2 Abs. 2 MediationsG regelt die Pflicht des Mediators, sich über die Freiwilligkeit der Teilnahme zu vergewissern. Des Weiteren regelt das Gesetz ausdrücklich, dass die Parteien die Mediation jederzeit beenden können (vgl. § 2 Abs. 5 Satz 1 MediationsG). Die Selbstverpflichtung der Parteien zu einer Mediation im Konfliktfall, etwa im Rahmen einer vertraglichen Abrede zwischen Gesellschaftern, verstößt nicht gegen das Gesetz.⁴⁶

4. Vertraulichkeit

- 51 Für das Gelingen von Mediation ist von Bedeutung, dass die Parteien es wagen, schwierige und unangenehme Themen anzusprechen. Auch die grundsätzliche Bereitschaft, Informationen preiszugeben, um auf der Basis beiderseitiger Informiertheit gemeinsam ein Ergebnis zu erarbeiten, ist relevant für den Erfolg.
- 52 Hierfür müssen die Medianden darauf vertrauen können, dass **nicht zur Weitergabe bestimmte Informationen** weder durch den Mediator noch durch die andere Partei an außenstehende Dritte kommuniziert werden. Im gerichtsnahen Kontext gehört dazu auch die Erwartung, dass bislang nicht offengelegte Informationen und Äußerungen zur Einigungsbereitschaft nicht in einen nachfolgenden Prozess⁴⁷ eingeführt und gegen eine Partei verwendet werden. **Auch die Preisgabe von Gefühlen und (vermeintlichen) Schwächen setzt Vertrauen voraus**, dass dies nicht nach außen kundgetan, ausgenutzt oder missbraucht wird.

⁴⁶ S. hierzu auch Teil 4, Rn. 405, Präventive Mediationsklausel.

⁴⁷ Schieds-/Gerichtsprozess oder anderweitige Verfahren zur Streitbeilegung.

Vereinbarungen zur Vertraulichkeit und deren rechtlicher Schutz fördern das Vertrauen der Parteien untereinander und in den Prozess – und machen zugleich Vertrauensgrenzen deutlich. Insofern ist es wichtig, dass zum einen der Mediator selbst zur Verschwiegenheit verpflichtet ist und er zum anderen darauf hinwirkt, dass die Parteien eine authentische Vereinbarung zur Vertraulichkeit treffen. In eskalierten Konfliktsituationen haben die Beteiligten untereinander oftmals kaum noch Vertrauen. Im Laufe der Mediation muss es, soweit möglich, langsam wieder erarbeitet werden. Die Vereinbarung von Vertraulichkeit ist daher häufig **Anlass, den Verlust oder das Nichtvorhandensein von Vertrauen zu thematisieren** und ein erster Schritt der notwendigen Klärung. 53

§§ Hinweis: Das Mediationsgesetz regelt in § 4 MediationsG die Pflicht zur Verschwiegenheit des Mediators und seiner Hilfspersonen hinsichtlich aller Informationen, die sie in Ausübung ihrer Tätigkeit erlangen. Eine Verschwiegenheitspflicht der Parteien ist gesetzlich nicht geregelt.⁴⁸ 54

5. Kooperationsbereitschaft

Weil es in der Mediation keine externe Entscheidungsinstanz gibt und die Beteiligten idealerweise eine Übereinkunft finden, die beide Seiten tatsächlich zufrieden stellt, ist es wichtig, dass die Parteien **auf Verfahrens- wie auf Inhaltsebene** grundsätzlich zur Kooperation bereit sind. 55

Bekommt der Mediator den Eindruck, dass Parteien nicht offen für andere Sichtweisen sind oder – vielleicht auch mit guten Gründen – neben ihrer Lösungsvorstellung (Position) keine anderen Optionen gelten lassen können, so thematisiert er dies in angemessener Weise. Das ist Teil seines Auftrags. Gleiches gilt, wenn die Mediation den Parteien vornehmlich dazu dient, den Verhandlungsspielraum, ihren eigenen und den der Gegenseite, zu erkunden. Solange dies im Einverständnis der Parteien passiert, stellt ein solches Vorgehen grundsätzlich nicht die Geeignetheit von Mediation in Frage, da die Parteien diejenigen sind, welche die Inhalte und Ziele und damit die Art der Vermittlung⁴⁹ vorgeben. 56

Beispiel: Gerichtsanhängiger Nachbarschaftsstreit

Den Parteien ist die Mediation von dem zuständigen Gericht nahegelegt worden. Im ersten Termin erläutern die Mediatoren den Beteiligten ihre Arbeitsweise, beantworten Fragen und gehen auf Bedenken ein. Obwohl sie diese Punkte bereits in vorbereitenden Telefonaten angesprochen haben, gehen sie noch einmal besonders auf die Frage der Offenheit bezüglich des potentiellen Ergebnisses ein. Da die Parteien sich bereits in einem gerichtsanhängigen Rechtsstreit befinden, haben Klageschrift und -erwiderung Positionen definiert, welche die Parteien grundsätzlich aufzugeben bereit sein müssen. 57

⁴⁸ Ausführlich zu Rechtsfragen der Vertraulichkeit s. Teil 4, Rn. 489 ff.

⁴⁹ Zu den unterschiedlichen Vermittlungsmodellen s. Rn. 201 ff., 245 ff.

- 58 Wenn allerdings nur eine Seite die Mediation ausschließlich dazu nutzen möchte, die Ausgangslage und ihre Chancen und Risiken zu erkunden und ansonsten das Ziel hat, ihre Position durchzusetzen, so ist der übereinstimmende Wille zu einer einvernehmlichen Konfliktlösung nicht gegeben. Neben der anderen Partei hat in einem solchen Fall auch der Mediator die Möglichkeit, die Mediation zu beenden.⁵⁰

- 59 **§§ Hinweis:** Kooperationsbereitschaft ist kein gesetzliches Merkmal von Mediation. Die Parteien können aber, wenn sie an dem Kooperationswillen der anderen Partei/en zweifeln, die Mediation jederzeit beenden. Auch der Mediator kann die Mediation beenden, wenn er »der Auffassung ist, dass [...] eine Einigung nicht zu erwarten ist«, § 2 Abs. 5 Satz 1 und 2 MediationsG.

6. Ergebnisoffenheit

- 60 Mediation ist ein ergebnisoffener Prozess. Von den Medianden erfordert dies die Bereitschaft, sich auf die lösungsoffene Arbeitsweise einzulassen, eigene Bewertungen und Ergebnisvorstellungen zurückstellen und **Unsicherheit** aushalten zu können. Je besser ihnen dies gelingt, desto einfacher (und in der Regel schneller) gestalten sich die Konflikt- und Interessenklärung für alle Beteiligten.

7. Zukunftsorientierung

- 61 In der Mediation werden klärungs- und regelungsbedürftige Themen sinnvollerweise grundsätzlich zukunftsorientiert bearbeitet. Es geht nicht um eine rückblickende Feststellung oder sogar Bewertung des Konflikts, sondern um eine an den Interessen der Beteiligten orientierte Klärung und Regelung für die Zukunft und damit um eine nachhaltige Befriedung, insbesondere auch um **Rechtsfrieden**.
- 62 Unzufriedenheit, Missverständnisse und Verletzungen aus der Vergangenheit werden thematisiert, um gegenseitiges Verständnis und ein Nachvollziehen der Perspektiven der anderen Beteiligten zu ermöglichen und um auf dieser Basis eine **tragfähigere Beziehung und eine zukunftsfähige Regelung** zu entwickeln. Das Ergebnis kann dabei im konkreten Fall auch die Bestätigung einer alten Regelung, zum Beispiel durch neu gewonnenes einheitliches Verständnis, oder eine erstmals oder wieder hergestellte Akzeptanz sein.
- 63 Das Prinzip der Zukunftsorientierung spielt im Mediationsverlauf zumeist dann eine ganz praktische Rolle, wenn die Parteien in der rückwärtsgewandten Klärung – oft in Schuldzuweisungen – stecken bleiben und dabei ihren Wunsch nach Veränderung aus dem Blick verlieren. Mediatoren intervenieren dann, indem sie die Parteien

⁵⁰ S. § 2 Abs. 5 Satz 2 MediationsG. Zu etwaigen Beendigungspflichten seitens des Mediators s. Teil 4, Rn. 601.