



Mediation im deutschen Arbeitsrecht und deren praktische Bedeutung – unter besonderer Berücksichtigung der US-amerikanischen Anwendung

Autorin: Desiree Leipnitz

Beiträge aus dem Fachbereich Rechtspflege
Nr. 02/2015
Herausgeber: Dekan Fachbereich Rechtspflege

**„Mediation im deutschen
Arbeitsrecht und deren
praktische Bedeutung - unter
besonderer Berücksichtigung
der US-amerikanischen
Anwendung“**

Bachelorarbeit

**an der Hochschule für Wirtschaft und Recht
in Berlin**

Fachbereich Rechtspflege

im Studiengang Rechtsmanagement

vorgelegt von: Leipzig, Desiree

Jahrgang/Studienbeginn: 2011

**Erstgutachterin: Frau Rechtsanwältin Bellmann-N'Guessen
Zweitgutachter: Herr Prof. Dr. Eickelberg**

Vorgelegt am: 01.02.2015

Gliederung

Literatur/Abkürzungsverzeichnis

1. Einleitung

2. Mediation

2.1. Geschichte der Mediationsverhandlungen

- a. Beispiele Westfälischer Frieden, Camp David und andere Länder
- b. Neuentdeckung der Mediation in den 70er Jahren in den USA

2.2. Entstehung des Mediationsgesetzes in Deutschland

- a. Grünbuch der EU
- b. European Code of Conduct for Mediation
- c. EU Richtlinie 2008
- d. Verabschiedung des Mediationsgesetzes
- e. Zeitlicher Werdegang
- f. Die geplante Überprüfung des Mediationsgesetzes - ein Ausblick

2.3. Mediationsgesetz/Mediationsprinzipien

- a. Definition Mediation
- b. Freiwilligkeit
- c. Eigenverantwortlichkeit
- d. Ergebnisoffenheit
- e. Vertraulichkeit
- f. Strukturiertes Verfahren
- g. Allparteilichkeit
- h. Formen der Mediation (z.B. Co-Mediation)

2.4. Phasen des Mediationsverfahren

- a. Konfliktverhandlung durch die Harvard-Methode
- b. Phase 1 - Auftragserklärung (Einführung)
- c. Phase 2 - Themensammlung (Konflikt)
- d. Phase 3 - Interessen und Bedürfnisklärung
- e. Phase 4 - Lösungsoptionen
- f. Phase 5 - Abschlussvereinbarung
- g. Langzeitzufriedenheit

2.5. Der Mediator

- a. Tätigkeitsbeschränkungen/Neutralität
- b. Anwaltsmediatoren
- c. Informationspflichten und Unabhängigkeit
- d. Haftung und Vertrag
- e. Aus- und Weiterbildung

2.6. Abgrenzung zu anderen Verfahren

- a. Verhandlung
- b. Schiedsgerichtsbarkeit
- c. Anwaltsverhandlung
- d. Schlichtung
- e. Schiedsgutachten
- f. Adjudikation
- g. Mischformen

3. Mediation im deutschen Arbeitsrecht

3.1. Einordnung des deutschen Arbeitsrechtes und historischer Hintergrund

- a. Historischer Hintergrund
- b. Einordnung des Arbeitsrechts
- c. Arbeitsgerichtsbarkeit und Durchsetzung des Rechtsschutzes

3.2. Änderung des Arbeitsgerichtsgesetzes

- a. § 54 AGG
- b. § 54a AGG
- c. Arbeitsrechtliche Rechtsprechung zur Mediation

3.3. Anwendung der Mediation im Arbeitsrecht

3.3.1. Individualarbeitsrecht

- a. Arbeitgeber und Arbeitnehmer in der Mediation
- b. Mediation im Verhältnis Arbeitgeber und Arbeitnehmer
- c. Mediation parallel zum gerichtlichen Verfahren
- d. Beendigung eines Arbeitsverhältnisses
- e. Mediation zwischen Arbeitnehmer und Arbeitnehmer

3.3.2. Kollektivarbeitsrecht

- a. Mitbestimmungsangelegenheiten
- b. Mediation zwischen Arbeitgeber und Gewerkschaften
- c. Mediation zwischen Betriebsräten
- d. Betriebsübergreifende Anwendung im Konflikt mit anderen Unternehmen
- e. Probleme in der Praxis: Beispiel kurze gerichtliche Fristen

3.4. Neue gesetzliche Regelungen zur Förderung der Mediation

3.4.1. Vertraulichkeit

- a. Mediator
- b. Externe Vertraulichkeit

3.4.2. Verjährung

3.4.3. Vollstreckung der Abschlussvereinbarung

3.5. Kosten

- a. Außergerichtliche Mediation
- b. Gerichtskosten
- c. Finanzielle Förderung der Mediation
- d. Konfliktkosten

3.6. Der aktuelle Stand der Mediation im deutschen Arbeitsrecht

4. Ein Vergleich: Mediation und Arbeitsrecht in den USA

4.1. Geschichte und Entstehung der Mediation bzw. ADR (Alternative Dispute Resolution) in den USA

- a. Arbeitsgerichtsrecht in den USA
- b. Geschichte des Arbeitsrechtes
- c. Individualarbeitsrecht
- d. Kollektivarbeitsrecht

4.2. Wichtige Unterschiede im Zivilverfahren der beiden Systeme

4.3. Mediation

- a. Staatliche Mediation
- b. Der vom Gericht beauftragte Mediator
- c. Private Mediation

4.3. Vergleich zum deutschen Rechtssystem – Vorzüge, Nachteile und Chancen

5. Zusammenfassung und Ergebnis

6. Anhang

6.1. Vergleich Gerichts- und Mediationskosten

Literatur- und Abkürzungsverzeichnis

Ahrens, NJW, 34/2012, Mediationsgesetz und Güterichter - Neue gesetzliche Regelungen der gerichtlichen und außergerichtlichen Mediation, 2465-2471.

Dütz/Thüsing, Arbeitsrecht, 18. Auflage, 2013.

Eidenmüller, Ein Mediationsgesetz für Deutschland, Der Betrieb vom 13.01.2012, Heft 02, S. 1.

Fisher/Ury/Patton, Das Harvard-Konzept, 23. Auflage, 2009.

Germelmann/Matthes/Prütting, Arbeitsgerichtsgesetz, 8. Auflage, 2013.

Glasl, ZKM, 05/2014, Methodenkompetenz und Methodenoffenheit in der Mediation, S.154-158.

Greger, Abschlussbericht zum Modellversuch Güterichter, ZKM, 06/2007, S. 180-182.

Greger/Weber, MDR, Sonderheft zu 18/2012, Das neue Güterichterverfahren – Arbeitshilfe für Richter, Rechtsanwälte und Gerichtsverwaltung, S. 1-32.

Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, 2. Auflage, 2009.

Hay, US-Amerikanisches Recht, 5. Auflage, 2011.

Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, 6. Auflage, 2014.

Hohmann, ArbGG § 54a Mediation, außergerichtliche Konfliktbeilegung, Arbeitsgerichtsgesetz, 2. Auflage, 2013.

Hommerich/Kriele, Band 1 Marketing für Mediation, 2004.

Hopt/Steffek, Mediation - Rechtstatsachen, Rechtsvergleich, Regelungen, 1. Auflage, 2008.

Hubig, ZKM, 05/2014, Alternative Konfliktlösung - Aktuelle Entwicklung in der Rechtspolitik, S. 167-169.

Insam, Konflikte und ihre Kosten, 2012, In: Best Practice Konflikt(kosten)-Management 2012, S. 4-9, <http://www.kpmg.com/DE/de/Documents/best-practice-konfliktkosten-management-2012-kpmg.pdf> (zuletzt abgerufen am 29.01.2015)

Joussen/Unberath, Mediation im Arbeitsrecht, 1. Auflage, 2009.

Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, 13. Auflage, 2014.

- Kaiser/Gabler**, ZKM, 06/2014, Prozessqualität und Langzeiteffekte in der Mediation, Ergebnisse aus der Kieler Longitudinalstudie, S.180-184.
- Klowait/Gläßer**, Mediationsgesetz: Handkommentar, 1. Auflage, 2014.
- Köstler**, Mediation, 1. Auflage, 2010.
- Krabbe**, ZKM, 06/2014, Werkstattbericht: Die Kunst des Fragens, S. 185-188.
- Krabbe/Fritz**, ZKM, 05/2009, Die Kurzzeitmediation und ihre Verwendung in der gerichtlichen Praxis, Teil 1, S. 136-138.
- Krüger/Rauscher**, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, 4. Auflage, 2013.
- Musielak**, Zivilprozessordnung: ZPO, 9. Auflage, 2012.
- Pilartz**, Mediation im Arbeitsrecht, 1. Auflage, 2012.
- Plagemann**, Münchener Anwaltshandbuch Sozialrecht, 4. Auflage, 2013
- Reinhard/Mückenberger**, ArbRB, 11/2010, Mediation im Arbeitsrecht – Grundzüge des Verfahrens unter Berücksichtigung des geplanten Mediationsgesetzes, S. 349ff.
- Ricardi**, Arbeitsgesetze, 84. Auflage, 2014.
- Schmidt/Lapp/Monßen**, Mediation in der Praxis des Anwalts, 1. Auflage, 2012.
- Sessler**, ZKM, 05/2014, S. 161-163.
- Federal Rules of Civil Procedure TITLE V. Disclosures and Discovery Rule 26. Duty to Disclose, General Provisions Governing Discovery.
- Richtlinie 2008/52EG Des Europäischen Rates vom 21.5.2008 über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen.
- <http://www.bundesgerichtshof.de/DE/Bibliothek/GesMat/WP17/M/Mediationsgesetz.html> (zuletzt abgerufen am 29.01.2015)
- <http://www.faz.net/aktuell/beruf-chance/mediation-fuer-jeden-streithahn-eine-loesung-13026461.html> (zuletzt abgerufen am 31.01.2014)
- <http://www.reinhard-greger.de/dateien/gueterichter-abschlussbericht.pdf> (zuletzt abgerufen am 31.01.2015)
- <http://www.rtmkm.de> (zuletzt abgerufen am 31. 01.2015)
- <https://www.mediationaktuell.de/news/konfliktkosten-2.0-dem-konfliktkostenrechner-zur-konfliktkompetenz> (zuletzt abgerufen am 29.01.2015)

http://www.bmev.de/fileadmin/downloads/spektrum/sonderdruck_konfliktkosten.pdf (zuletzt abgerufen am 29.01.2015)

<http://www.konfliktkostenrechner.de> (abgerufen am 25.01.2015)

<https://www.adr.org/aaa/ShowProperty?nodeId=%2FUCM%2FADRSTAGE2021420&revision=latestreleased> (zuletzt abgerufen am 31.01.2015)

<http://www.rewi.europa-uni.de/de/studium/master/mediation/kooperationen/index.htm> (zuletzt abgerufen am 31.01.2015)

<http://www.mediation.de/images/Private-Rechtsschutzversicherungen-und-Mediation.pdf> (zuletzt abgerufen am 01.02.2015)

Abkürzungsverzeichnis

ADR.....	Alternative dispute resolution
AG.....	Amtsgericht
ArbG.....	Arbeitsgericht
ArbGG.....	Arbeitsgerichtsgesetz
BAFM.....	Bundes-Arbeitsgemeinschaft für Familien-Mediation
BGB.....	Bürgerliches Gesetzbuch
BetrVg.....	Betriebsverfassungsgesetz
BMJ.....	Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
BORA.....	Berufsordnung der Rechtsanwälte
BRAO.....	Bundesrechtsanwaltsordnung
BT.....	Bundestag
bzw.....	beziehungsweise
EUCON.....	Europäisches Institut für Conflict Management e.V.
GKG.....	Gerichtskostengesetz
GewO.....	Gewerbeordnung
i.S.d.....	im Sinne des
KSchG.....	Kündigungsschutzgesetz
MDR.....	Monatszeitschrift für deutsches Recht
MediationsG.....	Mediationsgesetz
NJW.....	Neue Juristische Wochenschrift
RDG.....	Gesetz über außergerichtliche Rechtsdienstleistungen
RVG.....	Rechtsanwaltsvergütungsgesetz
u.a.....	unter anderem
z.B.....	zum Beispiel
ZKM.....	Zeitschrift für Konfliktmanagement
ZPO.....	Zivilprozessordnung

1. Einleitung

Im Gegensatz zum deutschen Arbeitsrecht ist das Mediationsverfahren im anglo-amerikanischen Rechtssystem ein nicht wegzudenkender Bestandteil, während dieses Verfahren bei Praktikern im deutschen Arbeitsrecht zuweilen noch den gefühlten Charakter eines Fremdkörpers hat. Diese Arbeit befasst sich deshalb im ersten Teil mit der Betrachtung der Entstehung des Mediationsgesetzes, der Darstellung des Mediationsverfahrens, aktuellen Neuerungen sowie im zweiten Teil mit der Problematik der praktischen Anwendbarkeit der Mediation im deutschen Arbeitsrecht. Es wird zu klären sein, wie der aktuelle Stand der Mediationsanwendung im deutschen Arbeitsrecht ist, welche Chancen für die fortschreitende Etablierung bestehen, welche Grenzen in Bezug auf die Prozessrechtspraxis bestehen und ob das Mediationsgesetz dazu geeignet ist, diese Probleme anzugehen.

Da im anglo-amerikanischen Rechtssystem das Mediationsverfahren ein seit Jahren etabliertes Verfahren zur Konfliktlösung ist und sich im alltäglichen Rechtsverkehr bewährt und durchgesetzt hat, wird im dritten Teil dieser Arbeit zu betrachten sein, ob dieser Umfang der Anwendung auch in Deutschland in Zukunft denkbar ist, wie es zu dieser Ausweitung in den USA gekommen ist, und welche Aspekte auch auf die deutsche Anwendung übertragbar sind, damit positive Errungenschaften übernommen und negative Auswirkungen vermieden werden können.

2. Mediation

2.1. Geschichte der Mediationsverhandlung

a. Beispiele Westfälischer Frieden, Camp David und andere Länder

Die Geschichte zeigt, dass Mediation als Verhandlungstechnik keine rein neuzeitliche Entwicklung ist. Vielmehr gibt es seit Menschengedenken dritte Personen, die versuchen Streit niederzulegen. Streitschlichter ist ein kulturunabhängiges Phänomen, dass bei allen Völkern der Welt in unterschiedlichen Art und Weise und durch unterschiedlichste Personen verkörpert zu finden ist. Auch in der deutschen Geschichte gibt es bereits zur Zeit des Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation Nachweise über Vermittler, die erstmals auch in Schriften als Mediator bezeichnet wurden. Einer dieser Mediatoren war Alvise Contarini (auch Aloysius Contareno genannt), der von der Republik Venedig ausgesandt wurde, um als Mediator erfolgreich über fünf Jahre hinweg am Westfälischen Frieden aktiv mitzuwirken.¹

Wenden wir uns der Epoche des antiken Griechenlandes zu, finden wir das Beispiel des Politikers Solon von Athen, der sich um die Vermittlung zwischen verschiedenen Gruppen des Volkes verdient machte.² Im Mittelalter vermittelten Geistliche bei Straftaten, Ehestreitigkeiten und kriegerischen Auseinandersetzungen.³ In vielen afrikanischen Völkern und Kulturen gibt es auch heute Streitschlichter in der Form von Ältesten oder von Heilenden, die bei Streitigkeiten berufen werden, um eine Lösung zu erzielen.⁴

In der heutigen Zeit ist der Friedensschluss von Camp David 1978, der den Streit zwischen Israel und Ägypten um die Sinai Halbinsel beilegte, ein Beispiel für die Wiederentdeckung der Mediation als Konfliktlösungsmodell. Unter der maßgeblichen Führung des damaligen Präsidenten Jimmy Carter, der in diesem Konflikt als Mediator auftrat, wurde das Mediationsverfahren als Verfahren für die Beilegung bzw. Verhandlung politischer Streitigkeit wiederentdeckt. Im konkreten Fall ging es um die zuvor ägyptisch kontrollierte Sinai-Halbinsel, die Israel seit dem Sechs-Tage-Krieg 1967 besetzt hielt. Mehrfach wurde versucht sich auf eine

¹ Köstler, Mediation, 1. Auflage, 2010, S. 15; Hehn in Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, 2. Auflage, 2009, S. 180 Rn. 13

² Hehn in Haft/Schlieffen, S. 190 Rn. 48

³ Haft in Haft/Schlieffen, S. 72 Rn. 10

⁴ Hehn in Haft/Schlieffen, S. 189 Rn. 13

Grenze durch einen Kompromiss zu einigen. Keine Partei wollte jedoch von ihrer jeweiligen Position zurücktreten. Erst durch die Mitwirkung von Jimmy Carter war es möglich, eine Lösung zu finden, die beide Parteien gleichermaßen zufrieden stellen konnte. Das Ergebnis war eine entmilitarisierte Zone, die unter der völligen Souveränität der Ägypter stand.⁵

b. Neuentdeckung der Mediation in den 70er Jahren in den USA

Die neuzeitliche Geschichte der Mediation als integrativer Bestandteil der Gerichtsbarkeit beginnt in den USA in den 70er Jahren. Um 1970 entstanden dann die ersten neighborhood justice centers. Grund hierfür war eine durch den Beginn der Bürgerrechtsbewegung ab 1960 wesentlich erhöhte Scheidungsrate, die damit verbundene hohe Konfliktrate und die daraus resultierende erhöhte Belastung der Gerichte.⁶

Zu dieser Zeit gab es große Probleme für die zivile Gerichtsbarkeit in den USA. Die Verfahren waren von sehr langer Dauer und die Kosten sehr hoch. Die Ergebnisse der Verfahren und damit die Abschätzung, ob man obsiegt oder obliegt, waren zudem unberechenbar, da aufgrund der Schwurgerichtsbarkeit der Ausgang eines Gerichtsverfahrens weniger sicher zu kalkulieren ist und trotz gleich gelagerter Sachverhalte unterschiedliche Strafmaße hervorgehen können. Weiterhin entsteht durch die im Gegensatz zu Deutschland anders gehandhabte Kostentragungspflicht ein hohes Risiko für enorme Kosten, auch im Falle eines Obsiegens.⁷

Um diese missliche Situation zu umgehen und den gerichtlichen Weg zu vermeiden, der auch wegen der unbefriedigenden Urteile im Ergebnis zunehmend unbeliebter wurde, wurden verschiedenste Konfliktlösungsverfahren in Betracht gezogen. Es entwickelten sich verschiedene Ansätze der außergerichtlichen Konfliktlösung, die unter dem Begriff ADR (Alternative Dispute Resolution) zusammengefasst werden können. Zu diesen Verfahren der außergerichtlichen Streitbeilegung gehören unter anderem Mediation,

⁵ Fisher/Ury/Patton, Das Harvard-Konzept, 23. Auflage, 2009, S. 70-71

⁶ Köstler, Mediation, S. 16

⁷ Hehn in Haft/Schlieffen, S. 187 Rn. 33-35

Verhandlung, Moderation, Schiedsverfahren, Schiedsgutachten und Schlichtungsverfahren.

In den Verfahren wird durch Zuhilfenahme einer dritten Person der Versuch unternommen zu einer Streitlösung zu kommen. Die dritte Person hat dabei je nach Verfahren unterschiedliche Möglichkeiten zur Verfügung, sei es in der Form eines verbindlichen Schiedsspruchs oder auch nur der Wahrnehmung einer moderierenden Funktion ohne eigene Vorschläge zur Lösungsfindung einbringen zu dürfen. Mit diesen Verfahren wird der Versuch unternommen, die Inflexibilität der Gerichtsverfahren auszugleichen und eine einvernehmliche, allumfassende und selbstbestimmte Lösung zu finden. Dabei können durch die effektive Nutzung des Kosten- und Zeitfaktors Ressourcen gespart werden. Das Finden einer einvernehmlichen Lösung ermöglicht zudem eine weitere zukünftige Zusammenarbeit, da es zu keinem Gesichtverlust der Parteien in der Form eines Gewinners oder Verlierers kommt, sondern zu einer Win-Win-Situation. Dies ist besonders bei sonst komplexen und langjährigen Prozessen von großem Vorteil.⁸

2.2. Entstehung des Mediationsgesetzes in Deutschland

Aufgrund der intensiven Auseinandersetzung in den USA mit der Mediation wuchs auch in Deutschland das Interesse daran. Erstmals erfolgte eine ausführliche Beschäftigung hiermit in den akademischen Kreisen im Jahre 1977 auf einer Tagung der evangelischen Akademie von Bad Boll.⁹ Es folgten viele private Initiativen und Tagungsbeiträge bis hin zum Angebot von Verhandlungsseminaren an deutschen Universitäten. Die erste deutsche Ausbildungsmöglichkeit zum Mediator entstand 1989 in Heidelberg und 1992 wurde dann die BAFM (Bundesarbeitsgemeinschaft für Familienmediation) gegründet.¹⁰ Erste deutsche Anwendungsfelder konnten im Rahmen des Täter-Opfer-Ausgleiches, der Familienmediation sowie auch der Umwelt- und der Wirtschaftsmediation etabliert werden.¹¹

⁸ Hehn in *Haft/Schlieffen*, S. 176- 183 Rn. 3, 19-20, 37 ; Yarn in *Haft/Schlieffen*, S. 1259 Rn. 1

⁹ *Haft/Schlieffen*, S. 74 Rn. 14

¹⁰ <http://www.bafm-mediation.de>

¹¹ Hehn in *Haft/Schlieffen*, S. 192 Rn. 55

Mediation als Verfahren zur Streitschlichtung und zur Konfliktlösung erhielt durch den deutschen Gesetzgeber am 21.07.2012 mit der Verabschiedung des Mediationsgesetzes in der Form eines Artikelgesetzes eine gesetzlich verankerte Rechtsgrundlage. Durch das Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung, auch Mediationsgesetz genannt, wurde die europäische Richtlinie von 2008/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen umgesetzt. Mit dieser Richtlinie sollte der Grundgedanke auf europäischer Ebene gestärkt und gefördert werden, dass EU-Bürgern ein besserer Zugang zum Recht, explizit bei grenzüberschreitenden Konflikten, ermöglicht wird.¹²

a. Grünbuch der EU

Die Wurzeln dieser Richtlinie von 2008 finden sich Jahre zuvor im Grünbuch über alternative Verfahren zur Streitbeilegung im Zivil- und Handelsrecht der Europäischen Kommission aus dem Jahre 2002. Der Inhalt der Grünbücher enthält keine verbindlichen Normen, es handelt sich dabei um unverbindliche politische Instrumente mit der Zielsetzung, den aktuellen Sachstand zu einem Thema aufzunehmen, Denkanstöße zu bewirken und einen Mechanismus für eine Stellungnahme der EU-Staaten zu erhalten.¹³ Durch das Grünbuch über alternative Verfahren zur Streitbeilegung im Zivil- und Handelsrecht (inklusive Arbeits- und Verbraucherrecht), dem vielfältige empirische Studien auf EU-Ebene vorausgingen, sollte dem EU-Bürger bei grenzüberschreitenden Streitfällen ein langes, vielschichtiges und für ihn undurchschaubares Verfahren der überlasteten Gerichte erspart bleiben. Durch die Förderung der gütlichen Beilegung von Streitigkeiten unter Nutzung der Mediation sollte für ein ausgewogenes Verhältnis von Mediation und Gerichtsverfahren gesorgt werden.¹⁴

¹² *Klowait/Gläßer*, Mediationsgesetz: Handkommentar, 1. Auflage, 2014, S. 35

¹³ *Klowait/Gläßer*, S.35

¹⁴ *Pilartz*, Mediation im Arbeitsrecht, 1. Auflage, 2013, S. 1

b. European Code of Conduct for Mediation

Nach Anhörung von verschiedenen Experten, u.a. Regierungsvertretern und Mediationsorganisationsvertretern, sowie der Auswertung der Stellungnahmen zum Grünbuch, veröffentlichte die europäische Kommission 2004 den Europäischen Verhaltenskodex für Mediatoren (European Code of Conduct for Mediators) als weiterführende Förderung der alternativen Konfliktlösungsverfahren in Form einer nichtverbindlichen Regelung, die sich jeder einzelne Mediator oder auch Verband auferlegen kann.^{15, 16}

c. EU-Richtlinie 2008

Aufgrund der anhaltend positiven Reaktionen auf den Grünbuchvorschlag von 2002, erfolgte nach Vorlage durch die europäische Kommission die Verabschiedung der Richtlinie 2008/52/EG, welche von den Mitgliedsstaaten bis zum 20.05.2011 im eigenen Land in das Rechtssystem integriert werden musste. Die Umsetzung der Richtlinie in das jeweilige Rechtssystem war zwar nur auf die Rechtsgebiete des Zivil- und Handelsrecht beschränkt, aber in diesen Bereichen als verpflichtend zu betrachten. Eine Regelung über diese Rechtsgebiete hinaus wurde vom europäischen Gesetzgeber als nicht notwendig erachtet. Als Grund dafür sind die von der dem europäischen Gesetzgeber angeführten grenzüberschreitenden Streitigkeiten zu sehen, die mit großer Häufigkeit im Zivil- und Handelsrecht auftreten.¹⁷ Den Parteien wird hiermit ein kostengünstiges und schnelles Verfahren als Alternative zum Gericht bereitgestellt. Im Rahmen der Mediation gefundene Lösungen werden im wohlwollenden Willen der Parteien erstellt und stehen damit zukünftigen Geschäftsbeziehungen nicht entgegen.

d. Verabschiedung des Mediationsgesetzes

Der deutsche Gesetzgeber hat sich bei der Gesetzgebung zur Umsetzung der europäischen Richtlinie für eine ganzheitliche Regelung im Form eines

¹⁵ Diese Veröffentlichung erfolgte 2004 und enthielt Prinzipien, die sich die Mediatoren freiwillig und in eigener Verantwortung als Leitlinie für das tägliche Arbeiten auferlegen können.

¹⁶ http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_de.pdf, S. 1

¹⁷ Richtlinie 2008/52/EG Des Europäischen Parlaments und des Rates, Grund Nr. 5, 6

Mediationsgesetzes entschlossen; auf eine Reduzierung auf die einzelnen durch die EU vorgeschlagenen Rechtsgebiete (Handels- und Zivilrecht) wurde verzichtet. Eine Erweiterung der Richtlinie ist aus EU-rechtlicher Sicht jederzeit möglich, denn die EU-Gesetzgeber skizzieren mit den Richtlinien nur das aus Ihrer Sicht notwendige Mindestmaß, um eine vorhandene Regelungslücke zu schließen.¹⁸ Vielmehr bestand die Schwierigkeit der Entwurfserstellung darin, sinnvolle Gestaltungsspielräume nicht zu versperren, sondern diese durch ein Gesetz zu stärken, um die Weiterentwicklung der alternativen Konfliktlösung zu ermöglichen und nicht durch starre Regelungen zu beschränken.¹⁹

e. Zeitlicher Werdegang

Im September 2008 wurde durch den 67. Juristentag in Erfurt die Problematik „Mediation und weitere Verfahren konsensualer Streitbeilegung – Regelungsbedarf im Verfahrens- und Berufsrecht?“ ausführlich unter den Rechtsexperten diskutiert.²⁰ Aus Mitarbeitern des BMJ (Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz) wurde eine Expertenkommission zusammengestellt, die ihre Kompetenzen nutzen sollte, um kritische Punkte bei der Gesetzesentwicklung zu hinterfragen und Lösungen aufzuzeigen. Zur intensiven Vorbereitung des Mediationsgesetzes hatte die Bundesregierung schon frühzeitig das Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht mit dem Sitz in Hamburg beauftragt, ein rechtsvergleichendes Gutachten zur Mediation in zuvor ausgewählten Ländern der Welt anzufertigen.²¹

Es folgte ein Referentenentwurf des BMJ im August 2010 für ein Mediationsgesetz. Nach der Einholung von Stellungnahmen, z.B. durch die Länder, wurde der Entwurf unter leichter Abänderung im Januar 2011 als Gesetzesentwurf beschlossen. Die erste Lesung des Entwurfes erfolgte im April 2011, nachdem zuvor die gegenseitigen Stellungnahmen der Bundesregierung und des Bundesrates zu Kenntnis genommen wurden, mit dem Ergebnis, dass der Entwurf an den Rechtsausschuss zur Überarbeitung weitergeleitet wurde.

¹⁸ *Klowait/Gläßer*, S. 43 Rn. 21, Richtlinie 2008/52/EG, Grund Nr. 8

¹⁹ *Hubig*, ZKM, 05/2014, Alternative Konfliktlösung - Aktuelle Entwicklung in der Rechtspolitik, S. 169ff.

²⁰ <http://www.djt.de/die-tagungen/67-deutscher-juristentag/>

²¹ BT-Drucksache 17/5335, vgl. *Hopt/Steffek*, Mediation - Rechtstatsachen, Rechtsvergleich, Regelungen, 1. Auflage, 2008

Das Ergebnis des Rechtsausschusses im Dezember 2011 erfolgte in der Form einer Beschlussempfehlung, in dem die gerichtsinterne Mediation durch das Güterichtermodell ersetzt werden sollte. Noch im Dezember erfolgte die Annahme nach zweiter und dritter Lesung dieser Fassung des Mediationsgesetzes im Bundestag. Nach dem Wegfall der gerichtsinternen Mediation forderte der Bundesrat die Anrufung eines Ausschusses, um der Mediation mit Beinhaltung eines qualifizierten Güterichters eine gesetzliche Grundlage zu schaffen. Im ergehenden Beschluss wurde dieser ins Gesetz eingeführt und eine Auslauffrist für die gerichtsinterne Mediation, die durch die Modellprojekte angewendet wurde, vereinbart. Nach Annahme dieser Änderungen wurde das insgesamt neun Artikel umfassende Mediationsgesetz am 25.7.2012 verkündet und trat am Folgetag in Kraft.²²

Ursprünglich sollte die europäische Richtlinie bereits zum 20.05.2011 in das jeweilige Landesrecht der Mitgliedsstaaten umgewandelt sein. Werden Europäische Richtlinien in den Mitgliedstaaten nicht fristwährend umgesetzt, so leitet die Europäische Kommission nach einem erfolgten schriftlichen Aufforderungsschreiben ein Vertragsverletzungsverfahren ein. Ursächlich für die in Deutschland aufgetretene Verzögerung waren die zum Teil stark umstrittenen Punkte der gerichtsinternen Mediation sowie die Struktur der Aus- und Weiterbildung der Mediatoren.²³ Von Beginn an wurden die Interessenverbände der Mediation in die Gesetzgebung durch zahlreiche Stellungnahmen miteinbezogen. So äußerten die Verbände die Befürchtung, durch die gerichtsinterne Mediation ihrer Arbeitsgrundlage entzogen zu werden, indem ein kostengünstiges Konkurrenzangebot zur außergerichtlichen Mediation geschaffen werde. Auf der anderen Seite hatten die Richter zuvor mit einem hohen privaten und zeitlichen Einsatz die gerichtsinterne Mediation geschaffen. Der Kompromiss, dass die Bezeichnung Mediator nur durch außergerichtlich arbeitende Konfliktlöser zu führen ist, aber die Richter als qualifizierte Güterichter sich aller ADR-Methoden und zusätzlich der Mediation bedienen können, benötigte viel Zeit im Entstehungsprozess. Ob bei diesem Interessenkonflikt ein Konfliktlösungsverfahren wie z. B. Mediation verwendet wurde, ist nicht bekannt.

²² Siehe <http://dipbt.bundestag.de/extrakt/ba/WP17/330/33050.html> für mehr Details des Gesetzgebungsverfahrens

²³ *Klowait/Gläßer*, S. 38 Rn. 8, 9

Wie bereits erwähnt gab es einen weiteren Streitpunkt bezüglich der Aus- und Fortbildung der Mediatoren. Während die Verbände sich strenge und strikte gesetzliche Regelungen wünschten, um die nachhaltige Qualitätssicherung zu gewährleisten²⁴, bevorzugte der Gesetzgeber zunächst eine weniger definitive Festlegung, um den Mediatoren mehr Handlungsspielraum bei der Ausbildung zu ermöglichen und so dem Mediationsverfahren nicht die Dynamik zu entziehen. Außerdem würde der Kunde, der den Mediator mit einer besseren Ausbildung und Referenz gezielt auswählt, ohnehin für eine Sicherung der Weiterbildungsqualität sorgen.²⁵ Zur Lösung wurde der § 6 MediationsG eingeführt, in dem das BMJ eine Verordnung für die Anforderungen von Aus- und Fortbildung eines zertifizierten Mediators zum Erlass erarbeiten sollte. Der Verordnungsentwurf über die Aus- und Fortbildung von zertifizierten Mediatoren ist derzeit nach Stellungnahme der Interessenverbände beim Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz in Bearbeitung.²⁶

f. Die geplante Überprüfung des Mediationsgesetzes - ein Ausblick

Mit einer Frist von 5 Jahren nach Inkrafttreten des Gesetzes (Frist 26.07.2017) soll ein Bericht zur Evaluierung der Auswirkungen des Gesetzes und des aktuellen Arbeitsstands der Mediation als Konfliktlösungsmittel in Deutschland angefertigt und dem Deutschen Bundestag zur Prüfung vorgelegt werden. Es wird zu prüfen sein, ob die Bedingungen der Fort- und Weiterbildung der Mediatoren ausreichend geregelt sind oder sie einer weiteren Entwicklung durch staatliche Einwirkung und Rahmensetzung bedürfen. Der Bericht soll auch die Akzeptanz von Mediationsverfahren in der Bevölkerung hervorbringen und die damit verbundene, eventuell entlastende Wirkung auf die Justiz aufzeigen. Zudem sollen die Notwendigkeit einer kostenrechtlichen Regelung zur Unterstützung finanzschwacher Parteien und die Auswirkungen auf die deutsche Streitkultur kritisch begutachtet werden.²⁷

²⁴ <http://www.bafm-mediation.de/wp-content/uploads/image/images/bafm-stellungnahme-zum-e-medg-11010.pdf>

²⁵ Siehe <http://anwaltverein.de/downloads/stellungnahmen/SN-10/SN-58-10.pdf>, S. 8

²⁶ Näheres zum Thema wird unter dem Gliederungspunkt 2.5 erläutert

²⁷ <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/17/080/1708058.pdf>, Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuss), S. 20; *Gläßer* in *Klowait/Gläßer*, S. 298-300, § 8 Rn.8-13

2.3. Mediationsgesetz/Mediationsprinzipien

a. Definition Mediation

Gemäß § 1 MediationsG ist die Mediation ein vertrauliches und strukturiertes Verfahren, bei dem die Parteien mithilfe eines oder mehrerer Mediatoren freiwillig und eigenverantwortlich eine einvernehmliche Beilegung ihres Konfliktes anstreben. Der begleitende Mediator ist eine unabhängige und neutrale Person ohne Entscheidungsbefugnis (§ 1 Abs. 2 MediationsG).

Der Mediationsansatz greift per Definition ein, wenn die Parteien bereit sind für eine einvernehmliche Konfliktlösung. Im Unterschied zu anderen schlichtenden Verfahren (Gütestelle, Schlichtung, Gericht) stehen bei der Mediation die Interessen der Parteien im Vordergrund und nicht der Konflikt. Die Beilegung des Konfliktes erfolgt eigenverantwortlich durch die Parteien unter Berücksichtigung ihrer Interessen unter Anleitung des Mediators.²⁸ Im Vergleich zu anderen Verfahren nimmt der neutrale Dritte keinen konkreten Lösungsvorschlag vor. Dabei ist die Mediation von der Rechtsberatung zu differenzieren. Das Recht kann als Hilfestellung zur Konfliktlösung genutzt werden, es erfolgt keine konkrete Rechtsberatung über die dem Konflikt zugrundeliegenden Rechtsfragen.²⁹ Der Lösung unterliegt jede Art von Konflikt³⁰, an dem zwei oder mehr Parteien beteiligt sind, wobei Partei untechnisch zu verstehen ist - sie schließt alle teilnehmenden Personen (Medianten) ein.³¹

b. Freiwilligkeit

Nach dem Mediationsgesetz ist das Grundprinzip der Mediation die Freiwilligkeit. Freiwilligkeit umfasst dabei nicht nur die Teilnahme an dem Verfahren, sondern auch dieses jederzeit beenden zu können und letztlich auch frei über eine

²⁸ *Ulrici in Krüger/Rauscher*, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, 4. Auflage, 2013, ZPO Anhang zu § 278a Rn. 11

²⁹ BT-Drucksache 17/5335, S. 10

³⁰ *Pilartz*, Kap. 1 S. 3 Rn. 8

³¹ BT-Drucksache 17/5335, S. 13

Abschlussvereinbarung zu entscheiden.³² In dem Verfahren soll kein Zwang entstehen. Alles soll aus eigener Motivation heraus gestaltet werden.³³

Vor Beginn der Mediation kann ein Vorschlag zu diesem Verfahren durch das Gericht erfolgen, dem durch die Medianten gefolgt werden kann; eine Verpflichtung besteht nicht (§ 54a Abs. 1 ArbGG).³⁴ Gleiches gilt für Mediationsklauseln in Verträgen. Hier wird die Freiwilligkeitsbekundung auf den Vertragsschluss vorverlegt. Das Abhängigkeitsverhältnis aufgrund eines Arbeitsvertrages steht der Freiwilligkeit nicht entgegen.³⁵

Zu Beginn des Verfahrens umfasst die Freiwilligkeit auch die Informiertheit über das bevorstehende Verfahren. Dies wird durch den Mediator gewährleistet, der die Parteien über das Verfahren und die Freiwilligkeit zu informieren hat (§ 2 Abs. 2 MediationsG). Die Freiwilligkeit wird bereits bei der Wahl des Mediators deutlich, die durch die Parteien selbst geschieht. Haben die Parteien sich auf eine Schlussvereinbarung geeinigt, so ist hier unter Freiwilligkeit die Kenntnis der Konsequenzen, wenn nötig durch zusätzliche (anwaltliche) Beratung, und die Unterzeichnung ohne Zwang zu verstehen.

c. Eigenverantwortlichkeit

Der in § 1 MediationsG genannte Begriff der Eigenverantwortlichkeit tritt häufig überschneidend mit der Freiheit des Verfahrens auf. So müssen die Parteien den Konflikt eigenverantwortlich beilegen bzw. dies versuchen. Der Verfahrensbeginn, das Verfahrensende und die Wahl des Mediators gehören zur Eigenverantwortlichkeit. Der Mediator sorgt dafür, dass diese Reihenfolge auch eingehalten wird. Besonders wird die Eigenverantwortlichkeit in der durch die Parteien bestimmten Wahl der Themen und deren Bearbeitungsreihenfolge und der Ausarbeitung der interessenorientierten Lösungsmöglichkeiten deutlich. Die Entscheidung, ob zu dieser Lösungsfindung ein Dritter miteinbezogen werden soll, ist ebenfalls Ausdruck der Eigenverantwortlichkeit. Auch bei der Vereinbarung zum Ende des Verfahrens, so zum Beispiel ob dieses vereinbart wird, welchen Umfang die Vereinbarung besitzen soll und was bei

³² *Pilartz*, Kap. 1, S.9 Rn. 33

³³ BT-Drucksache 17/5335, S. 14

³⁴ BT-Drucksache 17/5335, S. 14

³⁵ *Hagel in Klowait/Gläßer*, S. 95-98 § 1 Rn. 14; *Pilartz*, Kap. 1, S. 11 Rn. 39-41

Nichteinhaltung unternommen wird, wird dieses Prinzip deutlich.³⁶ Dieser Grad der eigenverantwortlichen Entscheidungen setzt eine ausreichende Informiertheit voraus.³⁷

d. Ergebnisoffenheit

Als Voraussetzung für den Beginn einer Mediationssitzung ist die Ergebnisoffenheit der Parteien von äußerster Wichtigkeit. Die Parteien müssen bereit sein, ihre und die geäußerten Interessen und Bedürfnisse immer neu zu bewerten, um zuvor nicht gesehenen Lösungsoptionen offen gegenüber zu stehen.³⁸

e. Vertraulichkeit

Vertraulichkeit ist unter den Prinzipien der Mediation wohl als eines der wichtigsten anzuerkennen und ist bereits bei der Entscheidung über die Aufnahme des Verfahrens von enormer Bedeutung. Eine erfolgreiche Mediation ist ohne Vertraulichkeit nur in den seltensten Fällen möglich. Die Parteien werden Informationen über ihre Bedürfnisse nur öffentlich äußern, wenn dies unter vertraulichen Umständen geschieht. „In dem vertraulichen Rahmen der Mediation können die Parteien zu gemeinsamen Überzeugungen gelangen, die Grundlage einer von allen Seiten als gerecht empfundenen Lösung ist.“³⁹ Die Parteien entscheiden selbst über den Rahmen der Vertraulichkeit, der benötigt wird. So ist auch die Zulassung der Öffentlichkeit vorstellbar (z.B. bei Bauprojekten).⁴⁰

Zur genauen Differenzierung der Vertraulichkeit siehe Punkt 3.4.1.

³⁶ BT-Drucksache, 17/5335, S. 14; *Hagel* in *Klowait/Gläßer*, S. 98-99, § 1 Rn. 15

³⁷ *Pilartz*, Kap. 1, S. 13 Rn. 51; BT-Drucksache 17/5335, S. 14

³⁸ *Pilartz*, Kap. 1, S. 9 Rn. 33; BT-Drucksache 17/5335, S. 15

³⁹ BT-Drucksache, 17/5335, S. 13

⁴⁰ *Hagel* in *Klowait/Gläßer*, S. 90, § 1 Rn. 7, 9

f. Strukturiertes Verfahren

Das Mediationsverfahren unterliegt bestimmten Regeln, die sich nach Art der Mediation (z.B. Familien- oder Wirtschaftsmediation) und nach Mediationsstil unterscheiden können. Die gesetzlichen Regeln über das Verfahren und über die Aufgaben des Mediators müssen eingehalten werden. Dazu gehören Informations- und Hinweispflichten nach § 2 Absatz 2 und 6 Satz 1 und 2 MediationsG, sowie die Offenbarungs- und Informationspflichten nach § 3 Absatz 1 Satz 1 und Absatz 5 und nach § 4 Satz 4 MediationsG.⁴¹

Mediation folgt in seiner Ablaufstruktur einem Modell, welches in Phasen eingeteilt werden kann. Diese Phasen lauten:

1. Vorgespräch, Vertrag vereinbaren = Eröffnungsphase
2. Themensammlung
3. Interessenklärung
4. Lösungsoptionen finden, Bewertung der Lösungsoptionen
5. Abschlussvereinbarung
6. (Eventuell Evaluation)

Näheres zu den Mediationsphasen unter 2.4.

g. Allparteilichkeit

Das Prinzip der Allparteilichkeit besagt, dass der Mediator für keine der Parteien Partei ergreift. Er vertritt alle Interessen gleich und wird keinen bevorzugen. Er verhält sich im Verfahren und gegenüber den Parteien neutral.⁴²

h. Formen der Mediation (z.B. Co-Mediation)

Befinden sich die Konfliktparteien in einer zumutbaren geographischen Nähe, ist die Präsenz-Mediation mit der Anwesenheit der Parteien möglich. Ist diese räumliche Nähe nicht gegeben oder ist es den Parteien aus anderen Gründen

⁴¹ BT-Drucksache, 17/5335, S. 13-14

⁴² *Kracht* in *Haft/Schlieffen*, S. 271, § 12 Rn. 24; *Schlieffen* in *Haft/Schlieffen*, S. 22, § 1 Rn. 90; BT-Drucksache 17/5335, S. 15

nicht möglich sich in einem Raum gemeinsam aufzuhalten, kann die Shuttle- oder Pendel-Mediation eingesetzt werden. Hier befinden sich die Parteien z.B. in getrennten Räumen oder an gänzlich getrennten Orten und der Mediator führt die Mediation in Einzelgesprächen. Auch die synchrone Übertragung in die anderen Räume ist möglich. Neben diesen Formen treten zunehmend andere Varianten wie z.B. Online-Mediationen⁴³ auf, um den grenzüberschreitenden Konflikten gerecht zu werden.⁴⁴

Wird für die Mediation mehr als Mediator benötigt, so erfolgt dies in der Form der Co-Mediation. Dabei können die Mediatoren als ein Team durch die gesamte Mediation begleiten (permanente Co-Mediation), für bestimmte Abschnitte bzw. Themenpunkte beistehen (temporäre Co-Mediation) oder auch in seltenen Fällen im Wechsel anwesend sein (alternierende Co-Mediation). Die Co-Mediation kann zum Beispiel aufgrund einer hohen Zahl von Beteiligten oder auch bei arbeitsrechtlichen Konflikten in verschiedenen Bereichen, bei verschiedenen Personengruppen oder Geschlechtern erwogen werden.⁴⁵

2.4. Phasen des Mediationsverfahren

a. Konfliktverhandlung durch die Harvard-Methode

Das um 1980 entwickelte Harvard-Konzept ist das für die Mediation gegenwärtig wichtigste Verhandlungsmodell. Das Harvard-Modell lässt sich zu folgenden, für die Mediation wichtigen Punkten zusammenfassen. Erstens ist es wichtig eine Trennung zwischen der Person und dem Problem / der Sache herzustellen. Durch die Trennung der Beziehungsebene und des Verhandlungsgegenstands soll eine permanente Vermischung vermieden werden, jedoch soll beiden Ebenen die notwendige Aufmerksamkeit gewährt werden. Genauso wichtig ist die Trennung zwischen dem eigentlichen Interesse und der genannten Konfliktposition. Sind die Interessen der Beteiligten hervorgebracht, so müssen diese aufeinander abgestimmt werden, um den Konflikt zu beseitigen. Zudem

⁴³ Heussen in *Haft/Schlieffen*, S. 407, § 17 Rn. 1; Gläßer in *Klowait/Gläßer*, S. 151 § 2, Rn. 140

⁴⁴ Hagel in *Klowait/Gläßer*, S. 93-94, § 1 Rn. 11

⁴⁵ Hagel in *Klowait/Gläßer*, S. 95, § 1 Rn.13

sollten eine Auswahl von Lösungsmöglichkeiten geschaffen werden und neutrale Kriterien zur Beurteilung von Lösungsoptionen vereinbart werden.⁴⁶

b. Phase 1 - Auftragserklärung (Einführung)

Die Mediationsverhandlung erfolgt in 5-6 verschiedenen Phasen von der Kontaktaufnahme bis hin zur Abschlussvereinbarung. Als erstes findet ein kurzes Vorgespräch während der ersten Kontaktaufnahme statt. Zu Beginn dieser Eröffnungsphase werden die Rahmenbedingungen geklärt. Dazu gehören die Terminplanung, Ort und Raum, Anzahl der Teilnehmer. Des Weiteren wird eruiert, mit welcher Interessenlage vorliegen. Ebenso erfolgt eine kurze Einführung in die Methode.⁴⁷

Vor der ersten Sitzung sollte der Mediator den Mediationsvertrag entsprechend vorbereiten. Die Örtlichkeiten sollten so ausgewählt werden, dass mindestens zwei Räume zur Verfügung stehen für eventuelle Einzelgespräche. Das Mobiliar sollte so gewählt sein, dass keine Barrieren oder Hierarchien zwischen den Parteien entstehen, also z.B. runde Tische gewählt werden. Zudem sollten in dem Raum genügend Materialien und Möglichkeiten zur Visualisierung der Themensammlungen, z.B. eine Flipchart, bereitgehalten werden.⁴⁸

In der ersten Sitzung erfolgt zunächst die Begrüßung und Vorstellung der Mediatoren gefolgt von der Selbstvorstellung der Parteien. Im Weiteren wird das Verfahren erläutert und das gegebenenfalls bereits am Telefon Besprochene der jeweils anderen Partei offenbart. Nach der Vereinbarung von Kommunikationsregeln erfolgt eine erste Problembeschreibung der Parteien. In dieser Zeit kann sich der Mediator einen (genaueren) Überblick über den Konflikt verschaffen und entscheiden, ob dieser durch eine Mediation zu lösen ist. Kommen der Mediator und auch die Medianten zu einer positiven Entscheidung, sind die Kostenübernahme und die Vertragsbedingungen unter weiterer Beschreibung des Verfahrens zu vereinbaren.⁴⁹

⁴⁶ Fisher/Ury/Patton, Kap. 1-3; Pilartz, Kap. 4, S. 47 Rn. 172-174

⁴⁷ Kessen/Troja in Haft/Schlieffen, S. 295, § 13 Rn.10

⁴⁸ Kessen/Troja in Haft/Schlieffen, S. 296, § 13 Rn.10

⁴⁹ Kessen/Troja in Haft/Schlieffen, S. 299- 301, §13 Rn.11- 19

c. Phase 2 - Themensammlung (Konflikt)

Nach Mediationsauftragserteilung durch alle Parteien folgen die ausführliche Themensammlung und deren Sortierung. Hierbei ist es wichtig, dass alle Parteien ihre Themen und Anliegen äußern können und sich alle wahrgenommen fühlen. Die Sortierung kann je nach Eignung durch Oberbegriffe oder auch Themenfelder erfolgen. Zudem erfolgt eine Vereinbarung über die Reihenfolge der Bearbeitung.⁵⁰

d. Phase 3 - Interessen und Bedürfnisklärung

Die Bearbeitung der Themen und Konfliktfelder dient der Herausfilterung der eigentlichen Interessen der Parteien. In dieser Phase wird am eigentlichen Konflikt gearbeitet. Unterschiedliche Sichtweisen werden dargestellt und es wird versucht diese zu verstehen. Es soll der Weg von den ursprünglichen Positionen hin zu den eigentlichen Bedürfnissen beschritten werden. Der Mediator fasst die Beiträge zusammen, spricht deeskalierend und versucht die dahinterliegenden Beziehungsbotschaften und Bedürfnisse herauszuarbeiten. Diese herausgearbeiteten Bedürfnisse bzw. Leitwerte sind allen Menschen gemeinsam, nur erfolgt eine unterschiedliche Bewertung nach persönlich empfundener Wichtigkeit.⁵¹ Schon Maslow erkannte die Wichtigkeit der hinter den Konflikten stehenden Grundbedürfnisse des Menschen, die in Abhängigkeit vom individuellen Entwicklungsstand verschieden ausgeprägt sind. Er stellte diese in einer Bedürfnispyramide dar mit den Grundbedürfnissen am Boden bis hin zur höchsten Stufe der Selbstverwirklichung an der Spitze. Das Harvard-Konzept nennt als Grundbedürfnisse Sicherheit, wirtschaftliches Auskommen, Zugehörigkeitsgefühl, Anerkennung und Selbstbestimmung.⁵² Schweizer erwähnt 9 Leitgedanken für die Motive des Verhaltens: Freiheit, Sicherheit, Anerkennung, Macht, Harmonie, Intensität, Integrität, Fürsorge und Neugier.⁵³

⁵⁰ Kessen/Troja in *Haft/Schlieffen*, S. 296-302, § 13 Rn. 10, 20-25

⁵¹ Kessen/Troja in *Haft/Schlieffen*, S. 295, 297, § 13 Rn. 3, 10

⁵² Fisher/Ury/Patton, S. 79

⁵³ Schweizer in *Haft/Schlieffen*, S. 348, § 14 Rn. 52; Kessen/Troja in *Haft/Schlieffen*, S. 303-310, §13 Rn.10, 26-45

e. Phase 4 - Lösungsoptionen

In dieser Phase werden unter Einsatz verschiedener Kreativtechniken (z.B. Brainstorming) Ideen gesucht. Dabei geht es zunächst nicht um Umsetzbarkeit oder realistische Anwendbarkeit. Nach der Lösungssammelphase werden die gefundenen Ideen durch die Parteien gewertet. In dieser Phase können oft die eigenen Positionen überdacht und Neubewertet werden. Sodann folgt die schlussendliche Auswahl der Optionen, deren Umsetzung den Parteien möglich erscheinen.⁵⁴

f. Phase 5 - Abschlussvereinbarung

In der Abschlussvereinbarung werden die Lösungen notiert. Es erfolgt eine gegebenenfalls benötigte Fach- bzw. Rechtsberatung der Parteien (z.B. Vollstreckbarkeit der Abschlussvereinbarung). Die Vereinbarung wird mit den Parteien zusammen formuliert. Bis zum Inkrafttreten erhalten die Parteien eine Bedenkzeit, in der sie Änderungen zu Formulierung und Inhalt vorschlagen können. Die nächste Phase ist die Umsetzungsphase, in der sich die Parteien an der Realisierung der Lösungen versuchen. Wenn es von den Parteien gewünscht ist, kann ein Nachsorge- bzw. Evaluierungstermin vereinbart werden, an dem der aktuelle Status analysiert und eventuelle Änderungen vorgenommen werden können.⁵⁵

g. Langzeitzufriedenheit

In der Kieler Longitudinalstudie (2010-2013) wurden 303 gerichtliche Mediationsverfahren am AG Kiel und LG Kiel untersucht. Die durch alle Rechtsgebiete angewandte Studie befragte Parteien, Anwälte und Mediatoren vor, unmittelbar nach und 1 Jahr nach der Mediation. Als Ergebnis stellte sich heraus, dass circa $\frac{2}{3}$ nach Ablauf des Jahres noch immer zufrieden waren, der

⁵⁴ Kessen/Troja in *Haft/Schlieffen*, S. 286, 298, §13 Rn. 8, 10

⁵⁵ Kessen/Troja in *Haft/Schlieffen*, S. 295, 298, §13 Rn. 9, 10, 66-74 (bis Rn. 91, ist abhängig von Einteilung der Phasen in 5 oder 6 Abschnitte)

Rest war weniger zufrieden. Von $\frac{1}{4}$ der Parteien wurden die Vereinbarungen nur unzureichend eingehalten.⁵⁶



Abbildung 1: Grafik basierend aus Daten von Kaiser/Gabler⁵⁷

Als Schlussfolgerung wurde vorgeschlagen, die Vereinbarungen und deren Einhaltung zu optimieren, zum Beispiel durch eine längere gründliche Klärung in der Mediation. Eine bessere Aus- und Weiterbildung der Mediatoren, besonders eine stetige Weiterbildung in psychologischer Beratung, Selbstreflexion, Selbsterfahrung und Supervision, auch um den Medianten den bisher zu kurz gekommenen tieferen Einblick in Konfliktzusammenhänge zu ermöglichen und ihre Konfliktfähigkeit zu verbessern, wurde angeraten. Für die Praxis ist diese Erkenntnis von Wichtigkeit, da die Langzeitzufriedenheit als wesentlicher Vorteil der Mediationsverfahren verstanden wird.

2.5. Der Mediator

Der Mediator stellt eine unabhängige, neutrale Person dar, die keine Entscheidungsbefugnis besitzt und die Parteien durch die Mediation führt (§ 1 Abs. 2 MediationsG). Sie ist allparteilich und sorgt für ein faires Verfahren für alle Parteien, indem sie Kommunikation fördert, Asymmetrien⁵⁸ ausgleicht, gleiche Redeanteile gewährleistet und mit allseitigem Einverständnis bei Bedarf auch Einzelgespräche durchführt oder Dritte in das Mediationsverfahren miteinbezieht

⁵⁶ Kaiser/Gabler, ZKM, 06/2014, Prozessqualität und Langzeiteffekte in der Mediation, Ergebnisse aus der Kieler Longitudinalstudie, S. 180-184

⁵⁷ Kaiser/Gabler, S. 180-184

⁵⁸ Ulrici in Krüger/Rauscher, ZPO Anhang zu § 278a MediationsG Rn. 18

(§ 2 Abs. 3 u. 4 MediationsG). Durch die gezielte Leitung sollen die Parteien zu einer Lösung finden, durch die beide Parteien gewinnen und hierdurch auch eine Stärkung der Selbstverantwortung erfahren.⁵⁹ Nehmen die Parteien ohne fachliche Beratung an der Mediation teil, so wird er Mediator sie darauf hinweisen, eine Vereinbarung bei Bedarf durch externe Berater überprüfen zu lassen.⁶⁰

a. Tätigkeitsbeschränkungen/Neutralität

Das MediationsG umfasst weitreichende Tätigkeitsbeschränkungen, um den Parteien die Neutralität des Mediators und die Wahrnehmung dieser Neutralität durch die Parteien zu gewährleisten (§ 3 MediationsG). Die Parteien wählen den Mediator autonom (§ 2 Abs. 1 MediationsG). War der Mediator in derselben Sache⁶¹ für eine Partei schon tätig, gilt für ihn ein Tätigkeitsverbot. Gleiches gilt nach und während der Mediation bezüglich einer anwaltlichen Tätigkeit für eine Partei. Dieses Verbot kann durch die Parteien nicht aufgehoben werden. Nach entsprechender Aufklärung besteht ein relatives Tätigkeitsverbot, wenn eine Person z.B. aus der Bürogemeinschaft vor, während oder nach einer Mediation für eine Partei tätig war (§ 3 Abs. 4 MediationsG; vgl. § 3 Abs. 2 S. 2 BORA). Zur Neutralitätswahrung hat der Mediator alle Umstände offenzulegen, die diese beeinträchtigen können (§ 3 Abs. 2 MediationsG). Sollte je ein Zweifel an der Neutralität des Mediators bestehen, sind diese sofort offen auszusprechen und nach Möglichkeit zu beheben.⁶²

Mediation ist ein strukturiertes Verfahren, in dem die kreative und wertschöpfende⁶³ Lösung der Konflikte durch die Parteien selbst bewirkt wird. Von Lösungsvorschlägen hat der Mediator abzusehen, er begleitet jedoch durch

⁵⁹ Hehn in Haft/Schlieffen, S. 194 Rn. 59

⁶⁰ § 1 Abs. 2 MediationsG;

⁶¹ *In derselben Sache ist* aus dem § 356 StGB entnommen, Voraussetzungen: zwischen dem Gegenstand der früheren Tätigkeit und dem zu vermittelnden Konflikt besteht zumindest eine Teilidentität. Betrachtet wird hierfür der sachlich-rechtliche Inhalt der früher ausgeführten Tätigkeit und der Konflikt. Wenn die materiellen Rechtsverhältnisse bei natürlicher Betrachtung auf ein innerliches zusammen gehöriges Lebensverhältnis zurückzuführen sind, ist es dieselbe Sache. (BT-Drucksache 17/5335 S. 16; Ulrici in Krüger/Rauscher, ZPO Anhang zu § 278a MediationsG Rn. 15)

⁶² Ziegler in Plagemann, Münchener Anwaltshandbuch Sozialrecht, 4. Auflage, 2013, § 44 Mediation Rn.16

⁶³ Ulrici in Krüger/Rauscher, ZPO Anhang zu § 278a MediationsG Rn. 13

verschiedene Kommunikationstechniken diesen Prozess⁶⁴ (z.B. aktives Zuhören, Verbalisieren, Visualisieren, Verstärken, Einzelgespräche, Paraphrasieren des Gesagten, Drittbeteiligung, geschlossene/offene/reflexive Fragen, gewaltfreie Kommunikation (Beobachtung, Gefühle, Bedürfnisse, konkrete Bitten))⁶⁵. Je nach Interventionsgrad kann er zwischen verschiedenen Mediationsstilen wie mehr moderierenden, transformativen, evaluierenden oder strategischen wählen.⁶⁶ Der Mediator soll seine innere Haltung und Überzeugtheit zum Verfahren authentisch nach Außen verkörpern und keine eingeübte Rolle spielen. Die Kompetenz und Haltung des Mediators ist ausschlaggebend für Erfolg und Akzeptanz des Verfahrens.⁶⁷

b. Anwaltsmediatoren

Bei an einem Anwalt als Mediator geht das Mediationsgesetz dem anwaltlichen Berufsrecht als *lex specialis* vor. Dabei dürfte das Schwerste für den Anwalt sein, der seit dem Studium darauf trainiert ist Sachverhalt zu überblicken und diese rechtlich einzuordnen, gerade keine Rechtsberatung durchzuführen, da er sonst eine Schlichtung vornehmen würde. Als Vorteil wiederum ist zu sehen, dass er jederzeit überblicken kann, wann die Parteien eine rechtliche externe Beratung miteinbeziehen sollten. Auch ist sein Fachwissen bei der Formulierung der Abschlussvereinbarung hilfreich, um eine rechtlich tragfähige Lösung zu ermöglichen (Rechtsdienstleistung i.S.d. § 2 Abs. 1 RDG).⁶⁸

Im Rahmen einer Beratung durch einen Anwalt, der auch Mediation anbietet, sind die Grenzen gegebenenfalls schwer abzustecken. Je nachdem welche Dienstleistung von einer Partei gesucht wird, besteht die Gefahr nicht mehr als Mediator tätig werden zu können.⁶⁹ In der anwaltlichen Beratung sollte der Anwalt die schnellste und kostengünstige Variante zur Interessendurchsetzung des Mandanten wählen (§ 1 Abs. 3 BORA; § 3 Abs. 1 BRAO). Der Anwalt ist der

⁶⁴ Ziegler in *Plagemann*, § 44 Mediation Rn 17

⁶⁵ Krabbe, ZKM, 06/2014, Werkstattbericht: Die Kunst des Fragens, S. 185-188

⁶⁶ Hagel in *Klowait/Gläßer*, S. 93, § 1 Rn. 11

⁶⁷ Ziegler in *Plagemann*, § 44 Mediation Rn. 18

⁶⁸ Ziegler in *Plagemann*, § 44 Mediation Rn. 24

⁶⁹ Ziegler in *Plagemann*, § 44 Mediation Rn. 17

„Türöffner“ für das Mediationsverfahren.⁷⁰

c. Informationspflichten und Unabhängigkeit

Laut Mediationsgesetz hat der Mediator die Pflicht, die Parteien über die Reichweite seiner Verschwiegenheitspflicht zu informieren und ungefragt alle Umstände, die seine Unabhängigkeit bzw. Neutralität beeinflussen könnten, wie rechtliche, wirtschaftliche oder sonstige existierende Bindungen aufzeigen. Auf Nachfrage hat er seinen fachlichen Hintergrund und praktische Erfahrungen anzuzeigen (§§ 3, 4 MediationsG). Gemäß § 2 muss der Mediator sich überzeugen, dass die Parteien freiwillig am Verfahren teilnehmen. Zudem hat der Mediator zu prüfen, ob der Konflikt sich für das Verfahren der Mediation eignet. Zur Eingruppierung können die Eskalationsstufen des Konfliktes hilfreich sein, auch wenn es bezüglich der für die verschiedenen Phasen geeigneten Methoden zu Überschneidungen bzw. fließenden Übergängen kommen kann. Die Einteilung in Konfliktstufen kann auch für die praktische Arbeit des Anwalts Bedeutung erlangen, wenn dieser in der rechtlichen Beratung einschätzen muss, ob durch die Konfliktlösung im gerichtlichen Verfahren den Bedürfnissen des Mandanten genüge getan werden kann.

1	Verhärtung	Standpunkte verhärten immer wieder, prallen im Gespräch aufeinander; immer wieder Ausrutscher; Personen sind überzeugt; durch Reden ist Spannung lösbar.
2	Debatte	Polarisieren in Denken, Fühlen, Wollen, Taktiken; es wird so getan, als ob rational argumentiert werde;
3	Taten statt Worte	Versuch zu überzeugen, da reden nicht mehr hilft. Kein Einfühlungsvermögen mehr
4	Images und Koalition	Klischees werden verbreitet, Gerüchte gestreut, Parteien in negative Positionen gedrängt; Mitgliederwerben; auf Feinbilder; heimliches Ärgern, Reizen
5	Gesichtsverlust	öffentliche Angriffe auf die gegenüberstehende Person; polarisierende Bildanwendung; Engel-Teufel-Symbolik; Außenwahrnehmungsverlust; Kampf um eigene Werte; Ideologien

⁷⁰ Hacke in *Klowait/Gläßer*, S. 570-571, Teil 3, Nr. 9 Rn. 8-10

6	Drohstrategien	die Parteien drohen einander und es kommt zu regen Diskussionen, dadurch kommt es zu regem schnellem Handlungszwang der Parteien
7	Begrenzte Vernichtungsschläge	nur noch in Kategorien gedacht, keine menschliche Qualitäten mehr akzeptiert, Erleiden eines geringeren Schadens als der des Gegners wird als Gewinn bewertet
8	Zersplitterung	der Feind und dessen System sollen vernichtet werden; Ziel ist die Zerstörung.
9	Gemeinsam in den Abgrund	totale Konfrontation, Vernichtung des Gegners bei eigenem Untergang wird in Kauf genommen; Nachkommen des gegnerischen Systems sollen auch noch geschädigt werden

Tabelle: Eskalationsstufen, modifiziert nach *Glasl*⁷¹

In den Stufen 1-3 sind die Selbstheilungskompetenzen der Parteien noch vorhanden. Hier ist es die Aufgabe des Dritten, diese für die Parteien nutzbar zu machen. Die Parteien können günstigenfalls nach kurzen Gesprächen in Form einer Moderationsbegleitung ohne einen Dritten weiterarbeiten und die Probleme klären.⁷² Die klassische Mediation eignet sich besonders, wenn der Konflikt in die Eskalationsstufen von 2-5/6 eingeordnet werden kann. Der verhandelnde allparteiliche Dritte wirkt hier als Puffer zwischen den Konfliktparteien.

Auf den folgenden Eskalationsstufen ist der Erfolg der Mediation zunehmend ungewiss, wenn auch nicht ausgeschlossen. Da eine einvernehmliche Konfliktlösung nicht mehr regelhaft gelingt, wird oft eine dritte Person als Entscheider benötigt (z.B. Gericht).⁷³ Auf den Stufen 8-9, in der Phase der Zersplitterung und des „Gemeinsam in den Abgrund“-Gehens, ist die klassische Mediation meistens nicht mehr anwendbar. In dieser Phase des Konfliktes kann die Anwendung einer Power Mediation versucht werden. Hierfür muss eine überlegene Instanz den Parteien einen Waffenstillstand auferlegen oder durch

⁷¹ *Glasl*, ZKM, 05/2014, S.154-158; *Köstler*, S.38-39; *Ponschab/Dendorfer* in *Haft/Schlieffen*, S. 600, § 24 Rn. 39

⁷² *Glasl*, S.156ff.

⁷³ *Glasl*, S. 156

die Dominanz das Schlimmste abwenden. Von einer nachhaltigen Konfliktlösung kann jedoch meistens nicht mehr gesprochen werden.⁷⁴

d. Haftung und Vertrag

Aus dem zwischen den Mediator und den Mediaten geschlossenen Dienstvertrag mit Geschäftsbesorgungscharakter über die Begleitung der Mediation können sich nach den zivilrechtlichen Schadensersatzvorschriften für Pflichtverletzungen Haftungstatbestände ergeben (§§ 280ff., 611, 675 Abs. 1 BGB).⁷⁵ Schwierig gestaltet sich der notwendige Nachweis der Pflichtverletzung. Es bleibt abzuwarten, wie die ersten Rechtsprechungen sich zu diesem Thema äußern.

e. Aus- und Weiterbildung

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. Seine Ausbildung sollte folgende Punkte enthalten: Kenntnisse über Grundlagen der Mediation (Ablauf, Rahmenbedingungen), Verhandlungs- und Kommunikationstechniken, Konfliktkompetenz, Recht der Mediation, die Rolle des Rechts in der Mediation, praktische Übungen, Rollenspiele und Supervision (§ 5 Abs. 1 MediationsG).

Ausgebildete Mediatoren mit speziellen Kerngebieten oder Expertenwissen in bestimmten Bereichen wie Technologie, Bauwesen oder Betriebswirtschaftslehre sind essentiell, um die Etablierung der Mediation in Deutschland zu fördern.⁷⁶ Wie bereits erwähnt (§ 6 MediationsG) soll eine weitere Ausarbeitung der Ausbildungsordnung, z.B. bezüglich einer eventuellen Mindeststundenzahl und einer geschützten Berufsbezeichnung, durch das BMJ erfolgen.⁷⁷ Nicht alle Mediationsexperten befürworten diese Ausbildung mit der Begründung durch Zuhilfenahme der Interessenverbände während des Gesetzesprozesses sei

⁷⁴ *Glasl*, S. 157

⁷⁵ *Lilja/von Lucius/Tietz* in *Klowait/Gläßer*, Teil 1 Nr. 2, S.70 Rn. 17

⁷⁶ *Sessler*, ZKM, 05/2014, S. 163

⁷⁷ Für ausführlichere Informationen siehe den Verordnungsentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz vom 31.01.2014

diese nur für Interesseverbände von Vorteil um möglichst viele verschiedene Ausbildungen zu vermarkten. Diese entspreche nicht Nachfrage des Marktes, wie auch ein Vergleich mit den USA zeigt, wo dies nicht nötig ist.⁷⁸

Bezüglich der Vertraulichkeit siehe Gliederungspunkt 3.4.1.

2.6. Abgrenzung zu anderen Verfahren

Zur Konfliktbeilegung existieren neben dem gerichtlichen Verfahren und der Mediation weitere Methoden. Zur Einordnung, welches außergerichtliche Verfahren am besten geeignet ist den bestehenden Konflikt zu lösen, ist die Kenntnis der wichtigsten Charakteristika der Verfahren erforderlich.

a. Verhandlung

Unter Verhandlung sind viele Verhaltensweisen zu verstehen. Dazu gehört das im Alltag angewandte intuitive und unreflektierte Verhandeln. Die Verhandlung ohne eine dritte Person ist häufig der erste Schritt, wenn es um die Lösung eines aufgetreten Konfliktes geht.⁷⁹ Unter Anwendung des bereits erwähnten Harvard-Konzeptes sollte die Sachebene von der Beziehungsebene getrennt, die jeweiligen Interessen der Parteien in den Vordergrund der Verhandlung gestellt und nicht nur die einzelnen problematischen Positionen in wechselseitiger Ansprache der Parteien abgearbeitet werden.⁸⁰ Das reine Positionsverhandeln erschwert einen Vergleich, wenn von den jeweiligen Positionen nicht durch einen Kompromiss abgewichen wird.

b. Schiedsgerichtsbarkeit

Der Schiedsspruch hat für die Parteien die Wirkung eines rechtskräftigen, gerichtlichen Urteils (§ 1055 ZPO). Anstatt eines Gerichtes entscheidet eine

⁷⁸ Eidenmüller, Ein Mediationsgesetz für Deutschland, Der Betrieb vom 13.01.2012, Heft 02, Seite 1

⁷⁹ http://www.europa-uni.de/de/forschung/institut/institut_ikm/publikationen/IKM_PwC_Commercial-Dispute-Resolution_english-summary_2005.pdf

⁸⁰ Fisher/Ury/Patton, Kap.1-3; Haft in Haft/Schlieffen, S. 98-108

durch die Parteien per Schiedsklausel ermächtigte private Person in einer nichtöffentlichen, aber rechtsverbindlichen Verhandlung über den Konflikt. Durch die Selbstauswahl der streitentscheidenden Person durch die Parteien kann diese der benötigten Fachkenntnis nach gezielt ausgewählt werden. Die anzuwendenden Gesetze, nach denen Drittentscheidungen erfolgen sollen, bestimmen die Parteien gemeinschaftlich (§ 1042 Abs. 3 ZPO). Das Verfahren des Schiedsspruches ist für die Anwendung bei grenzüberschreitenden Wirtschaftsstreitigkeiten von großer Bedeutung, nicht zuletzt aufgrund der Schnelligkeit (kein weiterer Rechtszug möglich) und der Möglichkeit der Vollstreckung der Vereinbarung.⁸¹ Die Vorschriften der ZPO über das schiedsrichterliche Verfahren finden in den Arbeitsgerichtssachen keine Anwendung (§§ 4, 101 Abs. 1, 3 ArbGG).⁸² „Durch diese Beschränkung soll die Aushöhlung der staatlichen Arbeitsgerichtsbarkeit, die arbeitsrechtlichen Schutz durch Unabhängigkeit und fachliche Qualifizierung ihrer Gerichte in besonderem Maße garantiert, vermieden werden“ (Dütz/Thüsing, 2013).⁸³

c. Anwaltsverhandlung

Bei dieser Verhandlungsart sind nur die Rechtsanwälte anwesend und erzielen die Lösung des Konfliktes im Rahmen der ihnen durch die Mandanten zugebilligten Vertretungsmacht, ohne dass es deren Anwesenheit bedarf.⁸⁴

d. Schlichtung

Eine neutrale dritte Person wird von den Parteien ermächtigt, einen nichtbindenden, jederzeit durch eine Partei abzulehnenden Vorschlag zur Lösung zu unterbreiten. Der Dritte bemüht sich zumeist zuvor um eine Lösung auf dem Wege des kooperativen Verhandlens, z.B. nach der Harvard-Methode, um die Parteien bei ihrer selbstständigen Lösungsfindung zu unterstützen. Welche Techniken und Methoden der Vermittler zu diesem Zwecke einsetzen kann, können die Parteien und der Vermittler zuvor vereinbaren. Neben der individuell

⁸¹ *Klowait/Gläßer*, S. 47 Rn. 30; *Heussen in Haft/Schlieffen*, S. 219 Rn. 7; *Köstler*, S. 28

⁸² *Prütting in Haft/Schlieffen*, S. 518 Rn. 13

⁸³ *Dütz/Thüsing*, Arbeitsrecht, 18. Auflage, 2013, S. 472 Rn. 1015

⁸⁴ *Köstler*, S. 28

ausgestalteten Schlichtung besteht in bestimmten gesetzlichen Bereichen, wie z.B. durch Landesrecht geregelten Nachbarschaftsstreitigkeiten (§ 15a EGZPO), auch die obligatorisch verpflichtende Schlichtung. Bei institutionellen Schlichtungen handelt es sich um Verfahren mit speziell auf eine bestimmte Gruppe zugeschnittenen Verfahrensregeln, z.B. Ärzte und die Banken- und Versicherungswirtschaft.⁸⁵ Unter diesen Aspekt des Verbraucherschutzes fällt auch die Richtlinie der Europäischen Union über alternative Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten und die Verordnung über Online-Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten, welche einen einfacheren Gebrauch der ADR-Verfahren ermöglichen sollen.⁸⁶

e. Schiedsgutachten

Durch die Parteien wird die Entscheidung eines Dritten über den Konflikt oder bestimmte Teilproblematiken - oft bei technischen Sachverhalten oder wirtschaftlichen Fragestellungen - in Form eines Schiedsgutachten angefordert. Eine zu erzielende Bindungswirkung und die genaue Ausgestaltung des Gutachtens in Art und Umfang obliegen den Parteien. Oft werden diese Gutachtenformen mit unverbindlicher Wirkung bei anzustrebenden Vergleichen oder auch bei der Schadenshöhenregulierung angewandt. Die Neutralität und die Fachkompetenz sind von großer Bedeutung, sowie die schnelle Möglichkeit der Erstellung.⁸⁷

f. Adjudikation

Die Adjudikation ist ein aufstrebendes Verfahren mit vorwiegender Nutzung in der Umsetzung von Bauprojekten. Der Adjudikator wird kurzfristig zum Projektproblem hinzugerufen, um als neutraler Experte über das Problem mit vorläufiger Bindungswirkung zu entscheiden. Die Vorläufigkeit kommt durch die

⁸⁵ *Klowait/Gläßer*, S. 51 Rn. 37-39

⁸⁶ Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz vom 10.11.2014 über Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über alternative Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten 2013/11/EU und zur Durchführung der Verordnung über Online-Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten Verordnung (EU) Nr. 524/2013. Die betroffenen Verbände können bis zum 23.01.2015 zum Gesetzesentwurf Stellung nehmen.

⁸⁷ *Heussen in Haft/Schlieffen*, S. 218 Rn. 4

Vereinbarung der Parteien zustande. Die vollbindende Wirkung wird im Nachgang durch Klageeinreichung oder Schiedsspruch erzielt. Oft wird die Entscheidung des Adjudikators auch ohne Einbeziehung einer weiteren Einrichtung durch die Parteien als bindend anerkannt.⁸⁸

g. Mischformen

Bei den Mischformen werden die verschiedensten Verfahren, z.B. Mediation und Arbitration, miteinander kombiniert. So kommen in der Praxis die Med-Arb-Verfahren oder auch Arb-Med-Verfahren oder auch die Variante der Dispute Boards vor. Diese Verfahren sind speziell an die Bedürfnisse der Parteien angepasst, um durch die Kombination der Verfahren bzw. einzelner Verfahrenselemente die bestmögliche Lösung für die Parteien zu entwickeln. Bei den Med-Arb-, bzw. Arb-Med-Verfahren einigen sich die Parteien auf eine bestimmte Reihenfolge der Verfahren, sodass bei einem Scheitern eines Verfahrens die Nutzung anderer Verfahren oder deren Teilelementen ermöglicht wird. Gegebenenfalls wird auch für bestimmte Teilfragen ein Wechsel der Verfahren zugelassen. Bei den Dispute Boards vereinbaren die Parteien, dass ein unabhängiges Expertenteam unter Nutzung verschiedener Konfliktlösungsverfahren ad hoc oder das komplette Projekt betreuend tätig wird. Es erfolgt eine Unterscheidung bezüglich der Verbindlichkeit der zu treffenden Entscheidungen. Dispute Review Boards sprechen vorläufig bindende Empfehlungen aus. Geht in der festgesetzten Frist kein Widerspruch ein, entfalten sie dann eine bindende Wirkung. Erfolgt wiederum ein Widerspruch gegen die Empfehlung eines Gremiums, welches in der Form eines Dispute Adjudication Boards verkörpert wird, so wird ein Gerichts- oder Schiedsverfahren für eine verbindliche Entscheidung eingeleitet.⁸⁹

⁸⁸ *Klowait/Gläßer*, S. 51 Rn. 41

⁸⁹ *Heussen in Haft/Schlieffen*, S. 220 Rn. 8; *Klowait/Gläßer*, S. 51-53 Rn. 40-45

3. Mediation im deutschen Arbeitsrecht

3.1. Einordnung des deutschen Arbeitsrechtes und historischer Hintergrund

Die Regelungen, die das Arbeitsrecht als Gesamtes umfassen, existieren in Deutschland nicht in der Form eines einzigen Gesetzbuches, sondern setzen sich aus verschiedenen Normen und Gesetzbüchern zusammen. Zu diesen Einzelgesetzen gehören unter anderem §§ 611ff. BGB, KSchG, BetrVG, TVG, AGG, ZPO oder auch das MuSchG.⁹⁰

Das Arbeitsrecht unterliegt einer ständigen Weiterentwicklung durch die laufende Rechtsprechung. In der Fortentwicklung des Rechts spiegelt sich auch immer der geschichtliche und politische Wandel wieder. So steht beispielsweise in der aktuellen Epoche des 21. Jahrhunderts der Arbeitnehmerschutz im Vordergrund. Eine zunehmende Beeinflussung des Arbeitsrechtes durch die Richtlinien der Europäischen Union ist zu erwarten.⁹¹

a. Historischer Hintergrund

Die Entwicklung des Gedanken eines Arbeitsrechtes im heutigen Sinne begann mit der Industrialisierung im 19. Jahrhundert. Durch die florierende Industrie wurde es nötig für immer neue Arbeitskräfte zu sorgen. Dies führte zu massenhaften Einstellungen, zu deren Vereinfachung die Massenarbeitsverträge entwickelt wurden. Es galt das Prinzip der Privatautonomie und der individuellen Vertragsfreiheit, jedoch gerieten diese aufgrund der übermächtigen Arbeitgeber in ein Missverhältnis, mit der Folge unzumutbarer Arbeitsbedingungen wie geringer Löhne und langer Arbeitszeiten, welche vorwiegend von Kindern und Frauen zu verrichten waren. Ebenso fehlte jegliche soziale Absicherung bei Tod, Krankheit oder Arbeitsunfällen. Eine flächendeckende Armut bzw. Mittellosigkeit der Massen war die Folge. Von staatlicher Seite aus wurde versucht, diesem Problem mit einer Arbeitsschutzgesetzgebung und einer Überarbeitung der Sozialversicherung entgegen zu wirken. Die Arbeiterschaft, die nicht auf die Hilfe des Staates warten konnte, organisierte sich im Kollektiv zur Selbsthilfe in Gewerkschaften. So wurde ihr Einfluss auf die Arbeitgeber gestärkt und der

⁹⁰ Dütz/Thüsing, S. 7 Rn. 12

⁹¹ Dütz/Thüsing, S. 7 Rn. 11

Abschluss von Tarifverträgen und eine Mitsprache bei den Arbeitsbedingungen möglich. Während der Weimarer Republik konnte 1918 eine Tarifverordnung geschaffen werden, welche Vorrang vor individuellen Vereinbarungen mit den Arbeitern hatte. Später, in 1920, konnte durch das Betriebsrätegesetz eine Betriebsverfassung etabliert werden. Die folgenden Jahrzehnte waren durch viele Veränderungen im Arbeitsrecht aufgrund politischer Ereignisse wie der Machtergreifung der Nationalsozialisten und der Teilung Deutschlands in die DDR und BRD gekennzeichnet, führten jedoch letztendlich zu einem in ganz Deutschland geltendem Arbeitsrecht wie es heute angewandt und ausgeübt wird.⁹²

b. Einordnung des Arbeitsrechts

Eine wesentliche Aufgabe des Arbeitsrechtes ist die Schaffung einer sozialen Gleichberechtigung unter Berücksichtigung der Gestaltungsfreiheit der Beteiligten.⁹³ Dabei werden durch gesetzliche Regelungen die Bedingungen für die Gestaltung des Individualarbeitsrechtes zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern, sowie für das Kollektivarbeitsrecht durch die Vertreter der Arbeitnehmer und der Arbeitgeber vorgegeben.⁹⁴ Zum Interessenausgleich zwischen den Parteien wird im Arbeitsrecht nicht nur das Gesetz zu Rate gezogen, sondern auch eventuell geltende Tarifverträge und interne Betriebsvereinbarungen berücksichtigt.⁹⁵ Während im Kollektivarbeitsrecht die Gewerkschaften mit den Arbeitgebern oder Verbänden Tarifverträge für die Arbeitnehmer aushandeln, stellt der Arbeitsvertrag die wichtigste Grundlage für das Individualarbeitsrecht dar. Dieser ist ein privatrechtlicher, auf entgeltliche und unselbständige Dienstleistungen gerichteter Dienstvertrag (§§ 611 Abs. 1, 612 Abs. 2 BGB).⁹⁶ Die häufigste Form ist ein sogenannter Formulararbeitsvertrag, der aufgrund von mehrfacher Anwendung in vorformulierter Weise der Inhaltskontrolle unterliegt (§§ 305ff. BGB).⁹⁷

⁹² Dütz/Thüsing, S. 4 Rn.8; Ricardi, Arbeitsgesetze, 84. Auflage, 2014, S. 15

⁹³ Ricardi, S.16

⁹⁴ Dütz/Thüsing, S. 2 Rn. 3-4

⁹⁵ Junker, Grundkurs im Arbeitsrecht, 13. Auflage, 2009, S. 3 Rn. 6

⁹⁶ Junker, S. 56-59 Rn. 92-97

⁹⁷ Dütz/Thüsing, S. 131 Rn. 266-267

c. Arbeitsgerichtsbarkeit und Durchsetzung des Rechtsschutzes

Die Arbeitsgerichtsbarkeit wird durch die Gerichte auf Länder- und Bundesebene geregelt. Das Arbeitsgericht als erste Tatsacheninstanz auf der Landesebene setzt sich aus Kammern zusammen, die durch den vorsitzenden Berufsrichter und einen ehrenamtlichen Richter gebildet (§ 16 Abs. 2 ArbGG) und je zur Hälfte aus den Berufskreisen der Arbeitnehmer und Arbeitgeber besetzt werden (§16 Abs. 1 ArbGG). Funktionell sind im ersten Rechtszug die Arbeitsgerichte zuständig (§ 8 Abs. 1 ArbGG). Treffen die Arbeitsgerichte eine Entscheidung, so ergeht diese im Urteils- und im Beschlussverfahren (§§ 2 Abs. 5, 2a Abs.2 ArbGG). Die zweite Instanz auf der Landesebene bildet das Landesarbeitsgericht. Es ist zum einen zuständig für Berufungen gegen Urteile des Arbeitsgerichtes, zum anderen für Beschwerden gegen Beschlüsse des Arbeitsgerichtes und dessen Vorsitzenden (§§ 8 Abs. 2, 4 ArbGG, 64 Abs. 1, 72 Abs. 1). Jede Kammer des Gerichts ist mit einem Berufsrichter und zwei ehrenamtlichen Richtern besetzt (§ 35 Abs. 2 ArbGG).

Das Bundesarbeitsgericht bildet die dritte Instanz und ist ein Gericht auf Bundesebene. Wurden Rechtsmittel gegen die Landesarbeitsgerichte eingelegt oder Sprungrevisionen gegen die Urteile der Arbeitsgerichte zugelassen, so wird auf dieser Ebene darüber entschieden. Die Kammern bestehen aus einem, Vorsitzenden, zwei berufsrichterlichen Beisitzern und je einem ehrenamtlichen Richter aus den Kreisen der Arbeitnehmer und Arbeitgeber (§ 41 Abs. 2 ArbGG).⁹⁸

Handelt es sich bei der Streitigkeit um eine betriebsverfassungsrechtliche Regelstreitigkeit, so ist die Einigungsstelle nach § 76 BetrVG zuständig. Grundsätzlich sollen die Betriebsparteien sich im vertrauensvollen Zusammenwirken unter Ausgleich ihrer Interessen zu einer Einigung kommen bevor sie die Einigungsstelle anrufen (§ 2 Abs. 1 BetrVG). Die Einigungsstelle setzt sich aus Beisitzern in gleicher Anzahl zusammen, die vom Arbeitgeber und Betriebsrat zusammengestellt werden, sowie einem unparteiischen Vorsitzenden, der durch die Parteien zusammen bestimmt wird. Im Falle einer Nichteinigung wird dieser durch das Arbeitsgericht eingesetzt.⁹⁹ Soll ein Arbeitskampf

⁹⁸ Junker, S. 474-475 Rn. 839-841

⁹⁹ Dütz/Thüsing, S. 473 Rn. 1017; Junker, S. 476 Rn. 843

begonnen werden, so setzen einige Tarifverträge ein vorheriges Verfahren vor der Schlichtungsstelle voraus § 1 TVG.¹⁰⁰

3.2. Änderung des Arbeitsgerichtsgesetzes

a. § 54 ArbGG

Güteverfahren im Zivilprozess sind keine neuen Entwicklungen. Schon in der Zeit von 1942 bis 1950 gab es obligatorische Güteverhandlungen vor dem Amtsgericht im Zivilprozess.¹⁰¹ Mit der Einführung des § 56 Abs. 6 ArbGG wurde es dem Vorsitzenden ermöglicht, den Parteien vorzuschlagen, dass ein Güteverfahren an einen nicht zur Entscheidung befugten Richter (Güterichter) übergeben wird. Der Güterichter kann alle Konfliktlösungsmodelle inklusive der Mediation nutzen - im Gegensatz zum gerichtlichen Richtermediator, der nur auf die eine Technik die Mediation zugreifen konnte. Der Güterichter ist eine Weiterentwicklung aus der von der Bundesregierung zuvor verwendeten Dreiteilung der Mediationsverfahren in außergerichtliche, gerichtsnahe und gerichtliche Verfahren, welche aus der Erfahrung der Mediationspilotprojekte der Bundesländer resultierte.¹⁰²

In Niedersachsen war 2002 das Pilotprojekt der gerichtlichen Richtermediation in die Testphase gegangen. Die Mediation wurde unter der Leitung des ersuchenden Richters durchgeführt. Dieser hielt sich streng an das Phasenmodell der Mediation und hatte keine Befugnis Vorschläge zur Lösungsfindung zu unterbreiten oder Wissen über die rechtlichen Gegebenheiten, die ihm aus seiner richterlichen Tätigkeit bekannt waren, beizutragen. Für die Dauer der gerichtlichen Mediation wurde das Verfahren ruhend gestellt unter Anwendung des § 251 ZPO.¹⁰³ Der Richtermediator hatte jedoch die Möglichkeit, Vergleiche per Protokoll festzuhalten und Streitwerte festzusetzen.

¹⁰⁰ *Junker*, S. 477 Rn. 845

¹⁰¹ *Löer in Kloweit/Gläßer*, S. 533 Rn. 2

¹⁰² BT-Drucksache 17/5335, 17/5496

¹⁰³ *Pilartz*, S. 64 Rn. 222-223

Die Bundesländer Bayern¹⁰⁴ und Thüringen¹⁰⁵ hatten das Modell der Richtermediation nicht angenommen, sondern einen Güterichter als Mediator eingesetzt. Dieser war befugt neben der Mediation jegliche zur Konfliktlösung beitragende Technik wie die Moderation einzusetzen oder auch Lösungsvorschläge aussprechen. Die nicht entscheidungsbefugten Richter hielten die Verfahren vertraulich in einer nichtöffentlichen Räumlichkeit ab, wenn es zur Lösung dienlich war. Es konnten aber noch andere für den Konflikt wichtige Personen hinzugezogen werden. Die rechtliche Zuständigkeit des Güterichters wurde aus dem § 278 Abs. 5 S. 1 ZPO abgeleitet, in dem das Gericht einen anderen Richter zur Güteverhandlung ersuchen kann.

Die zuvor favorisierte gerichtsinterne Mediation wurde nach der immensen Kritik und dem Druck der Mediationsinteressenverbände durch den Güterichter ersetzt und bereits in diesem Modell laufende Verfahren mussten bis zum 01.08.2013 beendet werden (§ 9 Mediationsgesetz). Durch die zuvor vom Gesetzgeber bevorzugte Dreiteilung der Mediation hatten die Kritiker eine Wettbewerbsverzerrung zu Gunsten der gerichtsinternen Mediation befürchtet. Die Kritiker argumentierten, dass die Richter auf Grund zeitlich begrenzter Ressourcen ein komplexes Mediationsverfahren nicht ganzheitlich begleiten könnten. Im Verhältnis zu einer außergerichtlichen Mediationssitzung würden die Kosten für eine gerichtsinterne Sitzung wesentlich niedriger ausfallen. Der von der Bundesregierung gewollte Ansatz der Förderung einer außergerichtlichen Konfliktbeilegung würde dadurch ins Leere laufen. Fraglich ist jedoch, ob durch das Güterichtermodell die Problematik tatsächlich gelöst werden konnte.

Grundsätzlich ist zu erwähnen, dass im Verfahren vor dem Güterichter immer die Problem- bzw. Konfliktbehandlung im Vordergrund steht und das Verfahren nicht nur auf den Streitgegenstand reduziert ist, wie bei einem entscheidungsbefugten Richter. In § 54 Abs. 6 werden alle Methoden der Konfliktbeilegung erwähnt, es erfolgt jedoch keine weitere Erläuterung. Mediation und ADR-Verfahren sind folglich nicht als abschließend zu betrachten. Gerade die Richter der Arbeitsgerichte waren schon immer an einer Lösung bemüht, die alle Parteien gleichermaßen zufriedenstellt. So haben die Richter sich schon immer auch als

¹⁰⁴ Greger, Abschlussbericht zum Modellversuch Güterichter, ZKM, 06/2007, S. 180-183, <http://www.reinhard-greger.de/dateien/gueterichter-abschlussbericht.pdf>, Projekt entwickelt 2004 umgesetzt ab 2005/06 an 6 LG

¹⁰⁵ <http://www.thueringen.de/th4/justiz/LL/konsensualekonfliktloesung/gueterichter/>

Schlichter und Vermittler im Verfahren beteiligt, um eine einvernehmliche Konfliktlösung zu erzielen. Die vor dem Arbeitsgericht verhandelten Klagen sind oft durch eine hohe emotionale Komponente geprägt. Die Parteien arbeiten täglich und oft über Jahre hinweg in einem Team zusammen, sodass sich viele Konflikte ansammeln und sich dann durch einen kleinen und unscheinbaren Auslöser zu einem großen problematischen Konflikt hin entwickeln können.¹⁰⁶

Dabei ist der Richter am Arbeitsgericht auch als Entscheider tätig, wenn eine andere Konfliktlösung nicht ausführbar ist oder es um eine Rechtsfortbildung geht.¹⁰⁷ So wurden in Berlin im Jahre 2013 19448 Klagen eingereicht, während zu Beginn des Jahres noch 7268 vorherige Klagen unerledigt waren. Insgesamt konnten von den zusammen 26716 Klagen 20274 erledigt werden. Jedoch wurden 2024 Verfahren durch ein streitiges Urteil und 2052 Verfahren durch ein sonstiges Urteil beendet. So konnten 9848 Verfahren durch einen Vergleich beendet werden und 6350 auf eine andere Weise erledigt werden. Insgesamt konnten ohne ein Urteil 16198 Verfahren beendet werden. Unter Berücksichtigung der Statistik der in der deutschen Arbeitsgerichtsbarkeit vorherrschenden Erledigung der Klageerhebung im Rahmen eines Vergleiches bleibt abzuwarten, inwieweit das Güterichtermodell die arbeitsrechtliche Praxis beeinflussen wird.

In anderen arbeitsgerichtlichen Verfahren, z.B. dem Beschlussverfahren, sind die Vorschriften gemäß § 80 Abs. 2 ArbGG auch für das Güteverfahren und das Urteilsverfahren im ersten Rechtszug anwendbar (§ 54 Abs. 6 ArbGG). Gleiches gilt für das Berufungs- und Beschwerdeverfahren gemäß §§ 64 Abs. 7, 87 Abs. 2 Satz 1 ArbGG, jedoch nicht für die Revisionsinstanz. Bereits mit der Klageschrift muss eine Kommentierung erfolgen, die aufzeigt, ob vor der Erhebung einer Klage vor dem Arbeitsgericht eine außergerichtliche Konfliktlösung versucht wurde (§§ 46 Abs. 2 ArbGG, 495, 253 Abs. 3 ZPO).

Ob eine Einverständniserklärung der Parteien für die Verweisung an den Güterichter vorliegen muss, ergibt sich nicht aus dem § 54 Abs. 6 ArbGG. Aus der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses geht hervor, dass eine Güteverhandlung nur zum Ziel führt, wenn die Parteien für einen Weg der

¹⁰⁶ Dahl in *Klowait/Gläßler*, S. 483 Rn. 1

¹⁰⁷ http://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF-Statistiken/Ergebnisse-Statistik--Arbeitsgerichtsbarkeit-2013.pdf?__blob=publicationFile, siehe auch Dahl in *Kowait/Gläßler*, S. 369 Rn. 6; siehe auch obige Statistik Arbeitsgerichtsbarkeit

Konfliktlösung neben dem Urteil offen sind. Zwar wurde diese Empfehlung für den § 278a ZPO gegeben, dieser wird jedoch als Parallelvorschrift zum § 54 Abs. 6 ArbGG angesehen.¹⁰⁸ Eine Zustimmung der Parteien zum Güteverfahren ist aufgrund des Freiwilligkeitsgrundsatzes vonnöten.¹⁰⁹ Die Nichterforderlichkeit einer Zustimmung würde sich gegen den Grundsatz einer einvernehmlichen Streitbeilegung richten.¹¹⁰ Um die Vertraulichkeit des Verfahrens nicht zu gefährden, wird nichtöffentlich verhandelt, der Güterichter gehört nicht zum erkennenden Gericht (§ 52 ArbGG).¹¹¹ Die Vertraulichkeit des Güterichters als Richter ist über § 383 Abs. 1 ZPO im Rahmen des Zeugnisverweigerungsrechtes bestimmt.¹¹²

Dieses Recht wird jedoch sehr eingeschränkt, wenn es um Anzeigepflichten oder den Strafprozess gilt (§ 385 Abs. 2 ZPO, 53 StPO, 116 AO). Die Vertraulichkeit umfasst auch nicht die anderen Personen, die an der Güterverhandlung beteiligt werden. Diesbezüglich empfiehlt es sich, eine Mediation durchzuführen oder entsprechende Zusatzvereinbarungen zu treffen, um eine erhöhte Vertraulichkeitsstufe zu erwirken.¹¹³ Um der Personengleichheit des Güterichters und Streitrichters in einem eventuell später geführten Verfahren zur gleichen Streitsache entgegenzuwirken, ist die Definition des Güterichters als nicht entscheidungsbefugter Richter zu betrachten. Zudem könnte die Neutralität des entscheidenden Richters beeinträchtigt werden, wenn dieser zuvor als Güterichter z.B. Einzelgespräche durchgeführt hat. Der Richter kann versuchen, den Fall wegen Befangenheit aus dem durchgeführten Güteverfahren abzulehnen.¹¹⁴

Der § 41 Nr. 8 ZPO greift nur, wenn der Richter an einer Mediation oder außergerichtlichen Konfliktbeilegung mitgewirkt hat.¹¹⁵ Kann keine Lösung in der Güteverhandlung erarbeitet werden, wird das Verfahren wieder an das

¹⁰⁸ BT-Drucksache 17/8058

¹⁰⁹ <http://www.lag-hamm.nrw.de/aufgaben/mediation/Informationen-zum-Gueterichterverfahren.pdf>, <http://www.berlin.de/gerichte/arbeitsgericht/presse/archiv/20120924.1435.375701.html>, siehe auch § 1 Abs. 1 MediationsG

¹¹⁰ BT-Drucksache 17/ 5335, 2008/52EG

¹¹¹ http://www.lag-frankfurt.justiz.hessen.de/irj/LAG_Hessen_Internet?rid=HMdJ_15/LAG_Hessen_Internet/sub/0c7/0c750e8b-7408-5941-79cd-aa2b417c0cf4,,,11111111-2222-3333-4444-100000005003%26overview=true.htm

¹¹² BT-Drucksache 17/8058

¹¹³ BT-Drucksache 17/8058, S. 21

¹¹⁴ Hessisches LAG 7.7.2009, 12 Ta 304/09

¹¹⁵ Tritt Personengleichheit des Güte-/Streitrichters auf, gibt es hierfür in Dienststellen oft interne Regelungen zur Vermeidung dieser Problematik

Prozessgericht übergeben. Zur Güterichterbehandlung besteht kein Anwaltszwang, dieser kann jedoch nach entsprechenden Absprachen mit den Beteiligten teilnehmen § 78 Abs. 3 ZPO.¹¹⁶

Welcher Richter als Güterichter explizit zuständig ist, hängt davon ab, ob dieser im Geschäftsverteilungsplan als solcher ausgezeichnet ist (§§ 21e Abs. 1 Satz 2, 16 GVG). Die Güteverhandlung kann in dem Gericht, in dem die Klage anhängig ist, oder auch in einem andern Gericht erfolgen.¹¹⁷ Die Verweisung ergeht durch Beschluss des Gerichtes.¹¹⁸ Die Verweisung kann für die Güteverhandlung sowie deren Fortsetzung (§ 54 Abs. 6 Satz 1 ArbGG) erfolgen, während eine Erweiterung auf weitere Güteversuche nach der ersten Instanz nicht zu erkennen ist.¹¹⁹ Während der Konfliktlösung vor dem Güterichter ruht das streitige Verfahren nicht. Es ist den Parteien jederzeit möglich, ins streitige Verfahren durch Abbruch der Güteverhandlung zurückzukehren.¹²⁰ Die Parteien können sich auf übereinstimmenden Antrag über eine Güteverhandlung oder weitere Güteversuche vor einem Güterichter ein Protokoll aufnehmen lassen (§§ 159 Abs. 2, 278 Abs. 5 ZPO, 46 Abs. 2 ArbGG). Neben der Befugnis der Einsichtnahme der Gerichtsakten steht es dem Güterichter auch zu, den in der Güteverhandlung erzielten Vergleich zu protokollieren.¹²¹

Bezüglich der Streitwertfestsetzung durch den Güterichter sind in der Literatur unterschiedliche Auffassungen vertreten. So soll die Streitwertfestsetzung als Annexkompetenz des Güterichters gesehen werden¹²², bedingt durch die Güteverhandlung hat er Kenntnis über den Sachverhalt und den finanziellen Rahmen des Konfliktes. Dagegen spricht jedoch, dass der Güterichter lediglich die Güteverhandlung betreuen und keine Entscheidungen treffen soll. Zudem ist aus dem Referentenentwurf zu § 278a Abs. 2 Satz 5 die Streitwertfestsetzung den Richtermediatoren vorbestimmt. Der Streitwert könne jedoch schon festgehalten werden, um dem Richter des Prozessgerichtes alle Informationen zukommen zu lassen und seine Entscheidung zu beschleunigen. Der Streitwert sei folglich durch das Prozessgericht zu bestimmen, auch wenn es sich um den

¹¹⁶ Musielak, Zivilprozessordnung: ZPO, 9. Auflage, 2012, § 278 Rn.13

¹¹⁷ BT-Drucksache 17/5335, dann spätere Meinungsänderung 17/8058, 17/5496

¹¹⁸ Dahl in Klowait/Gläßer; Dütz/Thüsing, S. 373 Rn. 13

¹¹⁹ Dahl in Klowait/Gläßer, S. 373 Rn. 13, auch unter Verweis auf Francken, NZA 2012, 836

¹²⁰ BT-Drucksache 17/3553, S. 20; Dahl in Klowait/Gläßer, S. 374 Rn. 14

¹²¹ BT-Drucksache 17/5335, S. 20

¹²² BT-Drucksache 17/5335 S. 20; Dahl in Klowait/Gläßer, S. 377 Rn. 19; Greger/Weber, MDR, Sonderheft zu 18/2012, Das neue Güterichterverfahren - Arbeitshilfe für Richter, Rechtsanwälte und Gerichtsverwaltung, S. 1-32

Streitwert des Vergleiches handelt, welcher im Güteverfahren zustande gekommen ist.¹²³ Folgt man dieser Meinung, so trifft der Güterichter keine Entscheidung und ist nur Protokollführer des Vergleiches. Es bedarf der unpraktischen Mehrarbeit, dass der protokollierte Vergleich nur bezüglich der Streitwertfestsetzung zum Prozessgericht gereicht werden muss. Es entstehen ein bürokratischer Mehraufwand und die Inanspruchnahme der Arbeitszeit eines weiteren Richters. Dies steht im Widerspruch zu der gewollten Entlastung der Gerichte durch den Gesetzgeber, die unter anderem mit der Einführung des Mediationsgesetzes einhergehen sollte.

Wie sich ein Richter zum Güterichter qualifizieren kann und welche Ausbildung bzw. Fortbildung zum Aufrechterhalten des Statutes erforderlich ist, wurde bisher nicht eindeutig geregelt. Gemäß der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses können die aus den Modellprojekten gewonnenen Erfahrungen auch weiterhin für die Streitschlichtung genutzt und ausgebaut werden.¹²⁴ So ist es möglich, dass jedes Land selbstständig entscheidet, welche Ausbildung es für nötig und sinnvoll hält.

b. § 54a ArbGG

Der Paragraph § 54 a Abs. 1 ArbGG (Arbeitsgerichtsgesetz) wurde neu im Gesetz etabliert.¹²⁵ Dabei kann das Gericht frei wählen, ob es den Parteien ein Mediationsverfahren oder ein anderes außergerichtliches Konfliktlösungsverfahren vorschlägt. Die genauen Bestimmungen zum Verfahren und zur Mediation sind dem Mediationsgesetz zu entnehmen. Gemäß den Mediationsrichtlinien wählen die Parteien den Mediator; somit kann auch eine andere Person als der Richter bestimmt werden.¹²⁶ Die Klageschrift muss die Angabe enthalten, 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 (§§ 253 Abs. 3 Nr. 1, 495 ZPO, 46 Abs. 2 ArbGG).

¹²³ BT-Drucksache 17/5335, S.21; *Ahrens*, NJW, 34/2012, 2465, 2470; *Löer* in *Klowait/Gläßer*, S. 325 Rn. 18

¹²⁴ BT-Drucksache 17/8058 S. 20-21

¹²⁵ *Dahl* in *Klowait/Gläßer*, S. 377 Rn. 20

¹²⁶ *Hohmann*, ArbGG § 54a Mediation, außergerichtliche Konfliktbeilegung, Arbeitsgerichtsgesetz, 2. Auflage, 2013 Rn. 1

Können sich die prozessierenden Parteien auf eine außergerichtliche Konfliktlösung wie z.B. die Durchführung einer Mediation einigen, wird in § 54a Abs. 2 ArbGG das weitere Vorgehen geregelt. Das Gericht ordnet durch Entscheidung des Vorsitzenden das Ruhen des Verfahrens für die Dauer des außergerichtlichen Konfliktlösungsverfahrens an (§ 55 Abs. 1 ArbGG). Nach drei Monaten erfolgt die Kontrolle des Gerichtes, ob die Wiederaufnahme des Verfahrens nötig ist. Eine Wiederaufnahme des Verfahrens erfolgt jedoch nicht, wenn die Parteien übereinstimmend versichern können, sich noch aktiv in der Mediation bzw. Konfliktlösung zu befinden. Mit dieser Regelung wird der Gesetzgeber dem in der Arbeitsgerichtsbarkeit vorherrschenden Grundsatz der Beschleunigung gerecht (§ 54a Abs. 2 ArbGG).¹²⁷ Der Vorschlag kann zu jeder Zeit des laufenden Verfahrens vorgebracht werden (§ 54a Abs. 1 ArbGG). Dies gilt auch für das arbeitsgerichtliche Beschlussverfahren (§ 54, Abs. 6 ArbGG), und für das Berufungs- und Beschwerdeverfahren; für die Anwendung im Revisionsfall sind keine verweisenden Vorschriften vorhanden (§§ 64 Abs. 7, 87 Abs. 2 Satz 1, 80 Abs. 2 Satz 1 ArbGG). Die Teilnahme an einem konsensualen Konfliktlösungsverfahren unterliegt dem Freiwilligkeitsgrundsatz. So kann ein mündlicher Termin zur Verhandlung bestimmt werden, wenn eine Partei einen entsprechenden Antrag stellt. Die Anordnung kann auch in der Form einer Güteverhandlung erfolgen (§ 54a Abs. 2 Satz 2 ArbGG).¹²⁸

Das Gericht sollte bei dem Vorschlag zur Durchführung eines Verfahrens, welches außergerichtlich zur Lösung des Konfliktes beiträgt, nicht seine Wirkung als Organ der Rechtsprechung auf die Parteien unterschätzen. Es besteht eine starke Obrigkeitsabhängigkeit der Parteien zum Richter. Beispielsweise können Ängste aufkommen bezüglich der Reaktion des Richters, wenn die Partei das Angebot der Schlichtung ablehnt, konkret ob sich dieses im späteren Verfahren und im Urteil negativ widerspiegeln wird. Die vorschlagende Person (Richter) sollte den Parteien stets versichern, dass jeweilige Entscheidungen keine Auswirkungen auf ein eventuelles späteres Verfahren und die Neutralität des vorsitzenden Richters haben. Denn alles andere würde gegen seinen beruflichen Pflichten verstoßen.

¹²⁷ Ziehmann in Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, 6. Auflage, 2014, zu § 54a ArbGG Rn. 3

¹²⁸ Hohmann, Rn. 2

Auch agieren die Parteien häufig taktisch und versuchen den Entscheidenden zu beeinflussen. Dies kann gegebenenfalls auch durch eine Einwilligung zu einem Konfliktlösungsverfahren erreicht werden. Die Parteien könnten nur zum Schein einem Mediationsverfahren zustimmen und daran teilnehmen, ohne eine wirkliche Konfliktlösungsabsicht zu haben. Dies könnte der Partei den vermeintlichen Vorteil beim Richter erbringen, in dem Sinne dass man es ja auch friedlich versucht habe, und der Richter dieses positiv gegenüber der Partei berücksichtigen solle.¹²⁹

c. Arbeitsrechtliche Rechtsprechung zur Mediation

Zu der Konstellation der Verweigerung eines Mediationsverfahrens oder auch des vorschnellen Abbrechens der Mediation ist vielfältige Rechtsprechung ergangen. So hat das LAG Niedersachsen entschieden, dass bei einem innerbetrieblichen Konflikt, dessen Lösung durch Mediation abgebrochen wird und keine Teamzusammenarbeit mehr möglich ist und die Mitarbeiterin mit einer Eingruppierung in eine niedrige Entgeltgruppe, bei gleichbleibenden Qualifikationsmerkmalen rechnen konnte.¹³⁰ Der Arbeitgeber kann bei Konflikten sein Direktionsrecht¹³¹ ausüben, um den Konflikt durch Versetzung zu beheben, da es ihm nicht zuzumuten ist nach Abbruch der Mediation Spannungen auf unabsehbare Zeit hinzunehmen.¹³² Das Baden-Württembergische LAG hat bei einer Abfindung durch den Arbeitgeber mitberechnet, dass dieser kein Mediations- oder ein ähnliches Verfahren angeboten hatte.¹³³ Zudem hat das ArbG Hamburg zweimal entschieden, dass ein durch einen geringfügigen Diebstahl zerrüttetes Vertrauensverhältnis wiederaufzubauen ist und im Rahmen von innerbetrieblichen Schlichtungsprozessen auch tatsächlich wiederherstellbar ist. Eine Kündigung sei aus dem zerbrechenden Vertrauen nicht zu begründen.¹³⁴

Die LAG Hamm, Köln und Nürnberg hatten in verschiedenen Mobbingfällen zu entscheiden, ob das Nichtzustandekommen eines Mediations- oder Schlichtungsverfahrens, bedingt durch den Arbeitgeber, vom Gericht als Nachteil

¹²⁹ Dahl in *Klowait/Gläßer*, S. 378 Rn. 21

¹³⁰ LAG Niedersachsen, Urteil vom 15. Oktober 2010, Az. 6 Sa 282/10

¹³¹ BAG, Urteil vom 24.04.1996, 5 AZR 1031/9, BGB § 611 Direktionsrecht Nr. 18

¹³² LAG Niedersachsen, Urteil vom 15. Oktober 2010, Az. 6 Sa 282/10

¹³³ LArbG Baden-Württemberg, Urteil vom 23.3.2001, 18 Sa 65/00, siehe auch LAG Schleswig-Holstein, 20.03.2012, 2 Sa 331/11

¹³⁴ ArbG Hamburg, 21 Ca 233/00, Az. 8 Sa 67/99

für diesen zu bewerten ist. Im Fall des LAG Hamm bestand die Aussichtslosigkeit des Verfahrens seitens des Arbeitgebers darin, dass er nicht mehr an einem Arbeitsverhältnis mit dem Arbeitnehmer interessiert war. In dem Verfahren wollte der Kläger, der in dem Unternehmen seit 1987 beschäftigt war, Schadensersatz und Schmerzensgeld erwirken mit der Begründung er sei jahrelang durch den Vorgesetzten gemobbt worden. Während seiner Beschäftigung im Unternehmen durchlief er mehrere Abteilungen, in denen der Kläger fortwährend von den jeweiligen Vorgesetzten durch systematische Mobbinghandlungen beeinträchtigt worden sei. Nach einem krankheitsbedingten Arbeitsausfall soll der zuständige Personalleiter versucht haben, den Kläger durch Mobbing aus dem Arbeitsverhältnis zu entbinden.¹³⁵ Das LAG Hamm entschied, dass die wegen Aussichtslosigkeit erfolgte Ablehnung eines Mediationsverfahrens durch den Arbeitgeber diesen nicht automatisch zum Schadensersatz verpflichtet. Vielmehr müsse beim Vorwurf des Mobbing das zum Schadensersatz führende Geschehen in seiner Gesamtheit betrachtet werden.

Beraumt der Arbeitgeber ein Mediationsverfahren an, so ist dies keine Arbeitszeit i.S.v. § 87 Abs. 1 Nr. 2 u. 3 BetrVG. Der Grundsatz der Freiwilligkeit (§ 1 MediationsG) zur Teilnahme am Mediationsverfahren schließt ein Weisungsrecht des Arbeitgebers nach § 106 Satz 1 u. 2. GewO. aus. Erfolgt für einige ausgewählte Arbeitnehmer eine widerrechtlich verpflichtende Anordnung der Teilnahme, so stellt dem LAG Nürnberg folgend diese Gesetzwidrigkeit kein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bezüglich der Anordnung dar. Die Beteiligten stritten um die Sitzverteilung der Geigen in einem Orchester, da von dieser Sitzverteilung auf die Hierarchie unter den Musikern geschlossen werden könne. Einige der Geiger wollten die hierarchische Sitzaufteilung mit den Geigern der ersten Reihe klären. Der Intendant des Orchesters wurde zu der Problematik hinzugezogen und sollte für eine gemeinsame Zusammenkunft der gesamten Musiker, die das Instrument Geige spielen, sorgen. Der mehrfache Versuch, dieses durch eine vergütete Pflichtveranstaltung mit einer durchzuführenden Mediation zu ermöglichen, scheiterte jedoch am Veto des Betriebsrates.¹³⁶

In dem Fall, den das LAG Köln zu entscheiden hatte, wollte ein Arbeitnehmer Schmerzensgeld erwirken, da er von anderen Mitarbeitern des Unternehmens

¹³⁵ LAG Hamm, Az. 8 Sa 188/08

¹³⁶ LAG Nürnberg, Az. 5 TaBV 22/12

„gemobbt“ worden sei. Im Rahmen des Verfahrens hatte der Arbeitgeber eine externe Mediation abgelehnt. Der Arbeitgeber wollte vielmehr eine Mediation innerhalb des Unternehmens durchführen lassen. Die Argumentation für eine interne Mediation waren zum einen der Kostenfaktor und zum anderen die Anzahl von Mitarbeitern um die 1000, sodass die Möglichkeit des Findens einer neutralen Person gewährleistet gewesen sei. Ein Zustandekommen eines Mediationsverfahrens mit einem externen Mediator war aufgrund der nicht vorhandenen Bereitschaft des Arbeitgebers nicht möglich. Das LAG Köln bewertete dies jedoch nicht negativ für den Arbeitgeber während der Urteilsfindung.

Bezüglich der Verjährung ist zu beachten, dass diese grundsätzlich durch Verhandlungen vom Gläubiger und Schuldner über den Anspruch oder diesen begründende Umstände gehemmt ist, bis eine Partei die Fortsetzung der Verhandlung verweigert (§ 203 BGB). Die außergerichtliche Mediationsverhandlung und Gespräche über deren Zustandekommen sind als solche als Verhandlung anzusehen. Im Mediationsgesetz wird eine Regelung der arbeitsrechtlichen Ausschlussfristen und der Kündigungsschutzklagefrist nicht angesprochen (z.B. § 4 KSchG). So ist den Parteien zu raten, fristwährend eine Klageschrift beim Gericht einzureichen, welche durch das Gericht anschließend sofort als ruhend gestellt wird, da die Parteien sich in der Verhandlung befinden (§ 54a Abs. 2 ZPO).¹³⁷

3.3. Anwendung der Mediation im Arbeitsrecht

Gerade im Arbeitsrecht sind viele Konfliktpotenziale und -konstellationen möglich und differenziert zu betrachten. So kann der Konflikt in der Ebene zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, zwischen mehreren Arbeitnehmern oder auch zwischen Arbeitgebern in der Zusammenarbeit mit Gewerkschaften oder Betriebsräten auftreten. Im Rahmen eines Konfliktes zwischen mehreren Unternehmen kommen viele Möglichkeiten einer arbeitsrechtlichen Beteiligung in Betracht. Die Frage, ob Konflikte aus dem Bereich des Arbeitsrechtes sich für eine Mediation eignen, kann nicht allgemeingültig beantwortet werden.

¹³⁷ BT-Drucksache 17/5335

In der Literatur existieren unterschiedliche Meinungen über die Tauglichkeit von arbeitsrechtlichen Konflikten für die Mediation. Diesbezüglich werden die Konflikte von Autoren in die verschiedensten Kategorien unterteilt. Folgt man der Meinung von Prütting¹³⁸, so seien Konflikte, die den Streit über Rechtsfragen und generelle Grundsatzproblematiken betreffen, ungeeignet für das Mediationsverfahren. Aufgrund der im Arbeitsrecht vorherrschenden kurzen gesetzlichen Klage- und tariflichen Ausschlussfristen würde kein zeitlicher Spielraum für ein außergerichtliches Verfahren bestehen.¹³⁹ Ein „sehr geringer Raum“ für Mediation bestehe besonders im Rahmen des Arbeitskampfes oder des Tarif- und Betriebsverfassungsrechts. Gerade das Kollektivarbeitsrecht habe in seiner vorwiegend streitschlichtenden Kultur kaum Anwendungsbedarf. Gerade in diesem Bereich der Einigungsstellen für die Probleme des Betriebsverfassungsrechtes oder auch der Schlichtungsverfahren in Tarifstreitfragen bedarf es keiner weiteren außergerichtlichen Möglichkeiten.¹⁴⁰ Geht es um die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses, so bestehe begrenzter Handlungsraum für Mediation. Ist das Klageverfahren bei dem Gericht anhängig, eignen sich nur noch Persönlichkeitsverletzungen, Probleme die unter Arbeitnehmern bestehen oder auch familienrechtliche Streitigkeiten.¹⁴¹

Lukas¹⁴² ist der Ansicht, dass es keiner Kategorisierung oder Einteilung von Konflikten entsprechend Rechts- oder Regelungsstreitigkeiten, der Art der Streitigkeit oder auch der Beteiligten am Konflikt bedarf.¹⁴³ Arbeitsrechtliche Streitigkeiten seien grundsätzlich für eine Mediation geeignet. Es kommt nicht auf den Konflikt an, sondern auf die Einigungs- und Verhandlungsbereitschaft, um eine einvernehmliche, dem Willen der Parteien entsprechende Lösung zu erarbeiten.¹⁴⁴ Diese angewandten Einteilungen sind seiner Meinung nach nur eine Ableitung aus dem Betriebsverfassungsrecht, nach denen die Mitarbeiterbeschwerden bei der Einigungsstelle auf deren Zuständigkeit hin geprüft werden können (§§ 84, 85 BetrVG).¹⁴⁵ Würde diese Prüfung die Einigungsstelle als nicht zuständige Stelle ausweisen, so würde die

¹³⁸ Prütting in *Haft/Schlieffen*, S. 524 Rn. 32

¹³⁹ Prütting in *Haft/Schlieffen*, S. 524 Rn. 32; Schmidt in *Joussen/Unberath*, Mediation im Arbeitsrecht, 2009, 1. Auflage, S. 123

¹⁴⁰ Prütting in *Haft/Schlieffen*, S. 523 Rn. 30

¹⁴¹ Schmidt in *Joussen/Unberath*, S. 124

¹⁴² Lukas in *Klowait/Gläßer*, S. 500-501 Rn. 6- 10

¹⁴³ Lukas in *Klowait/Gläßer*, S. 500 Rn. 6

¹⁴⁴ Lukas in *Klowait/Gläßer*, S. 500 Rn. 5, so auch Schmidt/Monßen in *Schmidt/Lapp/Monßen*, Mediation in der Praxis des Anwalts, 1. Auflage, 2012S. 206-222 Rn. 1007-1072

¹⁴⁵ Lukas in *Klowait/Gläßer*, S. 500 Rn. 6

Entscheidung im Wege des Rechtsstreites entschieden. Seiner Meinung folgend bedürfe es gerade keiner dritten Person, die den Parteien die Lösung zur Beilegung des Konfliktes abnimmt, sondern sie selbst sollten die Lösung herbeiführen.¹⁴⁶

Rechtsfragenklärung im Kontext von Mediation sei möglich. Gerade die alltäglichen Handlungen der Arbeitsgerichte bei Erzielung von Vergleichen seien beispielhaft für eine solche Einigung. Zudem sei es auch kein Problem nach fristwahrender Klageerhebung ein Mediationsverfahren parallel zu beginnen.¹⁴⁷ Je nach Komplexität könnten diese auch schon innerhalb von Tagen beseitigt werden. Wenn es sich um Verfahren handle, die der Schnelligkeit in der Schlichtung bedürfen, wie die Erwirkung einer einstweiligen Verfügung, sei zu beachten dass diese nicht immer in der ersten gerichtlichen Instanz in rechtskräftiger Form entschieden werde, wenn seltene Ausnahmen des Arbeitskampfes nicht betrachtet würden.¹⁴⁸ Sollte eine Einigungsstelle nicht mit der Schlichtung eines Konflikts, der zwischen Arbeitnehmer und Betriebsrat aufgetreten ist, betreut werden, so biete sich als Alternative eine Mediation an. In betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmungsangelegenheiten werde die Mediation zunehmend häufiger als Konfliktlösungsmethode gewählt, so Lukas.¹⁴⁹

Zur Etablierung einer neuen Konfliktkultur unter Zuhilfenahme der verschiedenen außergerichtlichen Konfliktbeilegungsmethoden im Lebensalltag und in der Gesellschaft sind die deutschen Unternehmen der „Türöffner“ in das Bewusstsein der Menschen. Ohne dass die Unternehmen den Mehrwert von Konfliktmanagement erkennen, ist keine ausreichende Verbreitung zu erwarten. Viele deutsche Großunternehmen haben inzwischen den Nutzen von Konfliktmanagement im Fokus. Dies wird durch die Gründung des „Round Table Mediation und Konfliktmanagement der deutschen Wirtschaft“ als verbandsunabhängiges Forum deutlich. Seit der Gründung 2008 treffen sich Unternehmen wie die Deutsche Bahn, E.ON, SAP, Siemens AG, Porsche AG oder die Deutsche Bank einmal pro Quartal, um sich unabhängig von Beratern

¹⁴⁶ Lukas in *Klowait/Gläßer*, S. 500 Rn. 6

¹⁴⁷ Lukas in *Klowait/Gläßer*, S. 500 Rn. 7

¹⁴⁸ Lukas in *Klowait/Gläßer*, S. 501 Rn. 8

¹⁴⁹ Lukas in *Klowait/Gläßer*, S. 501 Rn. 9

und Verbänden über die Erfahrungen auszutauschen und neue Perspektiven interessengerecht zu entwickeln.¹⁵⁰

Dabei lassen die Unternehmen untereinander gewonnene, kooperative Erfahrungen wissenschaftlich fundiert durch die Europa Universität Viadrina¹⁵¹ begleiten und sind auch an einem politischen Diskurs interessiert. Während die meisten Unternehmen ihre Erfahrungen in der Konfliktbewältigung zunächst nur mit Einzelprojekten sammelten, ist diese Thematik nun flächendeckend in unterschiedlicher Ausprägung bei den Konzernarbeitgebern, Berater, Kanzleien und dem Mittelstand ins Bewusstsein gerückt.¹⁵² Langfristig gesehen erwarten die Nutzer von Konfliktmanagementstrategien eine Attraktivitätssteigerung und Mehrwertsteigerung ihrer Unternehmen durch eine interessengeleitete Konfliktbewältigung, die sich im alltäglichen Arbeitsleben deutlich widerspiegelt.

3.3.1. Individualarbeitsrecht

a. Arbeitgeber und Arbeitnehmer in der Mediation

Konflikte können in einem Arbeitsverhältnis zu den unterschiedlichsten Zeiten auftreten. In der Literatur erfolgt diesbezüglich oft eine zeitliche Einteilung. So kann eine Unterteilung der Konflikte bei Begründung des Arbeitsverhältnisses, während des laufenden Arbeitsverhältnisses und bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses erfolgen. Neben dieser zeitlichen Einordnung besteht auch die Möglichkeit der Unterteilung dahingehend, wer von dem Konflikt betroffen ist, so zum Beispiel in innerbetriebliche Konflikte und unternehmensübergreifende Konflikte. Letztere sind oft Gegenstände der Wirtschaftsmediationen. Zu den innerbetrieblichen Konflikten, bei denen es typischerweise zu Problemkonstellationen kommt, gehören Thematiken wie Mobbing, Teamstrukturen, Führungsverantwortung, Kommunikation, Umgang untereinander sowie Aufgaben- und Verantwortungsverteilung.¹⁵³

¹⁵⁰ <http://www.rtmkm.de>

¹⁵¹ <http://www.rewi.europa-uni.de/de/studium/master/mediation/kooperationen/index.html>

¹⁵² *Kirchhoff in Klowait/Gläßer*, S. 463 Rn 11, 2, 15; <http://www.rtmkm.de>

¹⁵³ *Reinhard/Mückenberger*, ArbRB, 11/2010, Mediation im Arbeitsrecht - Grundzüge des Verfahrens unter Berücksichtigung des geplanten Mediationsgesetzes, S. 349ff.

Für den Arbeitgeber stellt die Mediation eine enorme Chance dar. Durch Problembearbeitung können ihm eventuell bestehende aber noch nicht identifizierte Problemfelder in seinem Unternehmen aufgezeigt werden. Dieses Wissen kann er in der Zukunft zur Prävention einsetzen und akute Disbalancen beseitigen. Auch sollte die positive Wirkung einer einzigen erfolgreich durchgeführten Mediation auf das gesamte Betriebsklima oder eine einzelne Abteilung nicht unterschätzt werden.¹⁵⁴ Die Arbeitsleistung kann massiv gesteigert werden, wenn ein Problem erst mal behoben ist. Zuvor besteht für den Mitarbeiter oft keine Motivation seine Arbeitskraft über das Mindestmaß hinaus für den Arbeitgeber einzusetzen.

Mobbing oder sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz können zu massiven Leistungseinbrüchen der Betroffenen führen. Ein Verfahren kann für die Beteiligten eine starke emotionale Herausforderung darstellen. Die Problematik muss vor mehreren Personen, die den Beteiligten nicht bekannt sind, vorgebracht werden und gerade beim Mobbing bedarf es des Nachweises der Handlungen über einen längeren Zeitraum. Um für alle Beteiligten eine schnelle selbstbestimmte Lösung zu finden und eine weitere Zusammenarbeit zu ermöglichen, kann eine Mediation gezielt eingesetzt werden.¹⁵⁵

Die in der neutralen Gesprächsatmosphäre der Mediationssitzungen geäußerten Problematiken werden im Berufsalltag oft nicht angesprochen. Aufgrund der vorherrschenden Hierarchien und des ungleichen Kräfteverhältnis wird ein Arbeitnehmer nur selten die Möglichkeit suchen Probleme anzusprechen, nicht zuletzt aufgrund der bestehenden Gefahr des Missverständnisses und einer damit einhergehenden Verschlechterung des Konfliktes. Das Konfliktmeidungsverhalten kann auch von den Vorgesetzten ausgehen, indem sie Probleme nicht ansprechen, um eine resultierende Auseinandersetzung zu vermeiden. Die Probleme stauen sich dann von beiden Seiten her zu einem großen Konflikt an, der durch einen kleinsten Trigger eskalieren kann. Auch kann die Situation ohne eine große Eskalation zu einer so großen Belastung für die Parteien werden, dass sie diese nicht mehr aushalten können und sie ansprechen oder im schlimmsten Fall eine Partei das Unternehmen verlässt.¹⁵⁶ Je länger die Parteien die Störung im Verhältnis nicht ansprechen, desto

¹⁵⁴ Prütting in Haft/Schlieffen, S. 525 Rn. 46

¹⁵⁵ Prütting in Haft/Schlieffen, S. 525 Rn. 46

¹⁵⁶ Lukas in Klowait/Gläßer, S. 501 Rn. 11-12

schwieriger wird die Lösung. Es besteht die Gefahr der Irreparabilität, die auch mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses einhergehen kann.

b. Mediation im Verhältnis Arbeitgeber und Arbeitnehmer

Innerhalb einer Bank kam es nach der Übernahme durch eine größere Bank zu Umstrukturierungen aufgrund von nun auftretenden personalen Doppelbesetzungen im Bereich des Kundengeschäftes. Zudem wurden Teamheads für die neu eingeführten Temas benannt. In der Bank war seit Jahren ein Senior Relationship Banker beschäftigt, der bei der Auswahl der Teamheads nicht berücksichtigt wurde. Zuvor musste er immer direkt der Geschäftsführung berichten. Durch die Umstrukturierung sollte er dem jüngeren und kürzer zum Unternehmen zugehörigen Teamhead berichten. Außerdem wurde sein bisheriger, umsatzreicher Kundenstamm in neue Kunden mit unbekannter Umsatzstärke umgewandelt. Die empfundene Herabstufung und die Gefahr der finanziellen Schlechterstellung führten den Banker zu einem Anwalt, der Klage einreichen sollte, da womöglich die hierarchische Einstufung nicht mit dem Arbeitsvertrag konform gehe.

Die eingeleitete Mediation wurde von der Seite der Geschäftsleitung durch den Vorstand begleitet. Dies führte bei dem Banker zu der Signalwirkung, dass das Problem für die Bank von großer Wichtigkeit sei. Durch diese Signalwirkung konnte dem Banker schnell vermittelt werden, wie wichtig seine Arbeit für die Bank ist. Die fachliche Kompetenz des Vorstandmitgliedes konnte genutzt werden, um die von der Geschäftsleitung getroffenen Entscheidung zu erläutern. Innerhalb nur eines Tages konnte eine für beide Seiten zufriedenstellende Lösung erarbeitet werden. Der Banker erhielt eine temporäre finanzielle Absicherung. Nachdem ihm die Hintergründe der Umstrukturierung bekannt waren, war er bereit dem Teamhead zu berichten und seine neu zugewiesenen Kunden weiter zu betreuen.¹⁵⁷ Eine Klage hätte in diesem Fall zu einem wesentlichen Mehraufwand bei den Beteiligten geführt. Zudem ist fraglich, ob eine gerichtliche Lösung gefunden worden wäre, die eine Weiterbeschäftigung beinhaltet hätte. Weiterhin wäre das Verhältnis bis zur gerichtlichen Entscheidung sicherlich massiv angespannt gewesen.

¹⁵⁷ Fallbeispiel aus der Praxis von Lukas in *Klowait/Gläßer*, S. 501-502 Rn. 13

c. Mediation parallel zum gerichtlichen Verfahren

Wie bereits einleitend diskutiert, sind nicht alle Autoren in der Literatur von der Sinnhaftigkeit eines Mediationsverfahrens während einer laufenden gerichtlichen Klage überzeugt. Für einen Einigungsversuch auf einvernehmlichem Wege scheint es jedoch nie zu spät zu sein. Gerade in der Arbeitsgerichtsbarkeit kommt es in der Praxis nicht selten vor, dass die Parteien trotz Mediationsvereinbarung zuerst die Meinung des Richters hören wollen, um ihre Aussichten auf Erfolg zu testen. Je nach Fallkonstellation kann es sinnvoll erscheinen, zuerst ein Urteil des Arbeitsgerichtes abzuwarten, um dann im Nachgang die durch das Urteil nicht gelösten Konfliktpunkte per Mediation zu lösen. Oft regen die Richter auch in der Güteverhandlung ein Mediationsverfahren an, wenn die Problemlkomplexität des Falles nicht in einer Urteilsverhandlung auflösbar erscheint.¹⁵⁸ Auch eine Mediation zur Vorbereitung des Gerichtsverfahrens kann gerade bei sehr komplexen Konflikten sinnvoll sein. Nach der Beseitigung der Nebenkongflikte kann der Richter das Ergebnis der Mediation, nämlich die Vereinfachung des Konfliktes auf das zugrundeliegende Problem, nutzen, um eine Entscheidung zu treffen. Dies trifft zum Beispiel auf eine Rechtsfortbildung zu, die für die beteiligten Parteien geklärt werden muss.

Beispiel

Der Arbeitnehmer klagte vor dem Arbeitsgericht, um eine erfolgsabhängige Vergütung zu erhalten. Der Arbeitgeber bekam Recht und musste die Zahlung der Provision nicht leisten. Der Arbeitnehmer kündigte hieraufhin eine unverzügliche Fortsetzung des Rechtsstreites durch Berufung beim Landesarbeitsgericht an. Der Arbeitgeber hegte Bedenken inwiefern das Arbeitsverhältnis unter diesen durch Rechtsstreit belasteten Umständen fortgeführt werden könne. Die Parteien konnten sich aufgrund dieser Situation auf eine Mediation einigen. Innerhalb dieses schwer erarbeiteten Prozesses sprachen sich die Parteien gegenseitig große Wertschätzung aus und einigten sich auf einen variablen Vergütungsanspruch. Innerhalb eines Tages konnte entgegen des schon gefällten Urteils eine einvernehmliche Lösung erzielt werden

¹⁵⁸ Lukas in *Klowait/Gläßer*, S. 505 Rn. 19-21

und das Arbeitsverhältnis erhalten bleiben. Ein landesgerichtliches Verfahren wurde nicht mehr zur Klärung benötigt.¹⁵⁹

d. Beendigung eines Arbeitsverhältnisses

Kündigungsschutzklagen machen bei arbeitsrechtlichen Streitigkeiten vor dem Gericht die Hälfte aller eingereichten Klagen aus. So sind dies neben der auf Erteilung eines Arbeitszeugnisses und Herausgabe der Arbeitspapiere die auftretenden Probleme bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Die Einbeziehung von Betroffenen in Abwägungsentscheidungen im Rahmen der Sozialwahl bei Kündigungen stellt ein typisches Beispiel der Anwendung der Mediation dar. Bei Streitigkeiten über die Ausfertigung von Papiern oder Zeugnissen ist eine Mediation ratsam, gerade weil eine über den Streitgegenstand hinausreichende Konfliktermittlung vor dem Gericht nicht möglich ist. Interne Streitigkeiten im Unternehmen können im Rahmen der Klage nicht immer umfassend beleuchtet werden, sodass die Gefahr von nicht nachvollziehbaren Klageergebnissen besteht.¹⁶⁰ Bei der Beurteilung von Abfindungsansprüchen liegen häufig komplexe Existenzängste und eventuell Pläne zur Begründung von eigenen Zukunftsprojekten des Mitarbeiters zu Grunde. Damit diese zufriedenstellend betrachtet und finanziell gewürdigt werden können, bietet sich auch in diesem Fall eine Mediation an, auch um alternative Lösungsansätze wie die Aufhebung von Wettbewerbsverboten zu finden.¹⁶¹

Beispiel

Ein Arbeitnehmer möchte eine variable Vergütung erhalten und reicht deshalb Klage ein. Nachdem dem Arbeitgeber diese zugegangen ist, kündigt er dem Mitarbeiter betriebsbedingt. Vor dem Gericht wird entschieden, dass der Arbeitgeber den Mitarbeiter weiterbeschäftigen muss, da keine Gründe für eine Kündigung bestanden hätten. Der Arbeitnehmer erhält kein Recht bezüglich der variablen Vergütung, da hierfür keine nachweisbaren Gründe vorliegen. Im Ergebnis ist keiner der beiden Parteien zufrieden. Der Arbeitnehmer möchte nach

¹⁵⁹ Fallbeispiel aus der Praxis von *Lukas* in *Klowait/Gläßer*, S. 505-506 Rn. 22

¹⁶⁰ *Prütting* in *Haft/Schlieffen*, S. 528 Rn. 47-50a

¹⁶¹ *Prütting* in *Haft/Schlieffen*, S. 528 Rn. 47-50a

seiner Kündigung nicht mehr im Unternehmen arbeiten und will eine möglichst hohe Abfindung erhalten. In der Mediation kann zeitnah über den Umfang der Abfindung und das mögliche Austrittsdatum des Mitarbeiters verhandelt werden. Die durchschnittliche maximale Dauer bei dieser Fallkonstellation im Rahmen einer Mediation beträgt einen Tag.¹⁶²

e. Mediation zwischen Arbeitnehmer und Arbeitnehmer

In diesem Feld der innerbetrieblichen Mediationsmöglichkeiten bieten sich breitgefächerte Möglichkeiten von Konfliktkonstellationen. Wie einleitend beschrieben liegen Probleme oft bei den Thematiken Mobbing, Kommunikation und Teamstrukturen sowie dem gemeinsamen Umgang miteinander. Hier bildet sich häufig das Problem, dass die Konflikte nicht offen angesprochen werden und folglich bis zur Eskalation für Außenstehende unsichtbar bleiben.

Beispiel

In einem großen Unternehmen traten über Jahre Kooperationsschwierigkeiten zwischen zwei Mitarbeiterinnen auf. Eine Kommunikation der beiden war nicht möglich und bei andern Gremien kompromittierten sie sich gegenseitig. Bei einer Konferenz eskalierte die Situation in einem lautstarken Streit. In der vorgenommenen Mediation zeigte sich zunächst ein reger Wechsel von Lösungsversuchen, jedoch letztendlich ein totales Scheitern des Verhandels. Nach der Anregung des Mediators, dass nicht alle Konflikte immer zu lösen seien, erfolgte die Entschuldigung einer Partei und die zweite folgte ihr nach. Die Parteien vereinbarten, sich in der Zukunft in ihrer Verschiedenheit im Handeln und Denken zu tolerieren und entwickelten ein Warnsystem für eventuell auftretende neue Konflikte. Die Mediation dauerte 1,5 Tage.

¹⁶² Praxisbeispiel aus der Praxis von Lukas in *Klowait/Gläßer*, S. 506-507 Rn. 23-24

3.3.2 Kollektivarbeitsrecht

a. Mitbestimmungsangelegenheiten

Die Mediationsfähigkeit von Konflikten im kollektiven Arbeitsrecht ist in der Literatur umstritten.¹⁶³ Wie schon beschrieben vertreten einige Autoren die Meinung, dass Schlichtungs- und Einigungsstellen hier der Vorrang gegeben werden müsse. So komme das Anrufen einer Einigungsstelle erst in Betracht, wenn die Betriebsparteien sich nicht über die Mitbestimmungsangelegenheiten einigen können. Gerade zum Erreichen dieser Einigung ist ein Mediationseinsatz geeignet. Sollte dieser Einigungsversuch nicht gelingen, so kann noch immer die Einigungsstelle aufgesucht werden. Aus diesem Grund nimmt die Nutzung von Mediation bei kollektivarbeitsrechtlichem Mitbestimmungsangelegen immer mehr zu, um den durch die Einigungsstelle ergehenden verbindlichen Spruch bei Nichteinigung der Parteien zu vermeiden und erst als zweite Option anzuwenden.¹⁶⁴

Beispiel

Sind Arbeitgeber und Betriebsrat zu einer anderen Lösungsmethode bereit, so kann über Mitbestimmungsfragen eine Einigung erzielt werden. Einem großen Bankunternehmen und dem zugehörigen Betriebsrat wurde es in einer Mediation möglich, sich über Sozialplanverhandlungen und auch Interessenausgleichsverhandlungen gütlich zu einigen bei einem zeitlichen Einsatz von lediglich drei Tagen.¹⁶⁵

b. Mediation zwischen Arbeitgeber und Gewerkschaften

Ein Konzern deckte neben der Gebäudereinigung als größten Zweig mit den meisten Mitarbeitern mehrere weitere Geschäftsfelder ab, wie z.B. Garten- und Landschaftsbau. Die einzelnen Bereiche des Unternehmens wurden durch unterschiedliche Gewerkschaften repräsentiert, die sich gemeinsam über eine neue Betriebsratsstruktur einigen wollten, die vom Betriebsverfassungsgesetz

¹⁶³ Prütting in Haft/Schlieffen, Mediationshandbuch, S. 523 Rn. 30

¹⁶⁴ Lukas in Klowait/Gläßer, S. 509 Rn. 32-35

¹⁶⁵ Fallbeispiel aus der Praxis von Lukas in Klowait/Gläßer, S. 509 Rn. 35

divergieren sollte. Eine Einigung der Betriebsräte gestaltete sich schwierig aufgrund der breitgefächerten Arbeitsgebiete. Durch den Einsatz der Mediation konnte innerhalb von 5 Tagen ein konzerninterner Haustarifvertrag geschlossen werden und die Betriebsräte wurden in Sparten eingeteilt. Die schnelle Einigung konnte nur unter Zuhilfenahme aller am Prozess Beteiligter gelingen.¹⁶⁶

c. Mediation zwischen Betriebsräten

Ein großes IT-Unternehmen kaufte branchenübergreifend von einem anderen Unternehmen die IT-Abteilungen auf. Die unterschiedlichen Kulturen und Strukturen der einzelnen Unternehmen trafen aufeinander und verursachten Spannungen. Eine homogene Struktur im Betriebsrat konnte nicht ausgebildet werden und jeder Betriebsrat war seinem vorherigen Unternehmen gegenüber noch sehr loyal eingestellt und wollte für diese Gruppe Vorteile erwirken. Im Ergebnis wurde alles angefochten und dem erstinstanzlichen Gericht zur Prüfung übergeben, wohlwissend dass dessen Meinung noch in zweiter Instanz geklärt werden sollte mit der Folge vieler zweitinstanzlich anhängiger Beschlussverfahren. Nach einem langdauernden Versuch einer gerichtlichen Lösung, konnten sich die Betriebsräte in der Mediation bereits nach einem Tag darauf einigen, alle gerichtlichen Verfahren beizulegen und eine Struktur zwischen den Betriebsräten herauszuarbeiten. Um der Gefahr eines erneuten Abweichens von der vereinbarten Struktur zu vermeiden, wurde eine jährlich stattfindende Revisionsmediationssitzung vereinbart.¹⁶⁷ Mit nur einem Tag Arbeit konnte eine selbstbestimmte und nachhaltige Lösung gefunden werden.

Zur Vermeidung von Konflikten zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat sollten ein paar Grundregeln beachtet werden. Wichtig ist eine regelmäßig stattfindende verbale Kommunikation aller Beteiligten in einer neutralen Verhandlungsatmosphäre. Zu diesem Treffen zur Aufarbeitung der bestehenden Probleme müssen alle Beteiligten bereit sein, um eine bessere Zusammenarbeit

¹⁶⁶ Fallbeispiel aus der Praxis von Lukas in *Klowait/Gläßer*, S. 510 Rn.37, siehe auch weitere aktuelle Mediationsfälle von Lukas in *Klowait/Gläßer*, S. 499-510; <http://www.faz.net/aktuell/beruf-chance/mediation-fuer-jeden-streithahn-eine-loesung-13026461.html>

¹⁶⁷ Fallbeispiel aus der Praxis von Lukas in *Klowait/Gläßer*, S. 509-510 Rn. 36

zu ermöglichen. Diese Treffen sollten mindestens alle 6 Monate wiederholt werden, um eine Stabilität der Zusammenarbeit zu gewährleisten.¹⁶⁸

Der Vollständigkeit halber ist zu erwähnen, dass Mediation auch bei arbeitsrechtlichen Konflikten in der Begründung des Arbeitsrechtverhältnisses angewandt werden kann. Hier ist zum Beispiel im Rahmen von Diskriminierung eines Bewerbers eine Mediation sinnvoll, insbesondere wenn der Ausgang des Verfahrens aufgrund der Beweislage für keine der Parteien kalkulierbar ist.¹⁶⁹ Weitere Anwendungsgebiete der Mediation sind Konflikte zwischen Führungskräften, Abteilungen, Unternehmenseinheiten oder auch zwischen Mitarbeitern und direkten Vorgesetzten.¹⁷⁰

d. Betriebsübergreifende Anwendung im Konflikt mit anderen Unternehmen

Beim Auftreten von Differenzen bezüglich einer Geschäftsbeziehung zwischen Unternehmen wird die Lösung immer häufiger auf dem Wege der Wirtschaftsmediation gesucht. Als Meilenstein in der Wirtschaftsmediation ist das zuvor bereits erwähnte Forum des „Round Table Mediation und Konfliktmanagement der deutschen Wirtschaft“ zu nennen. Bei Unternehmen, die in internationalen Handelsbeziehungen miteinander stehen, sind Mediationsklauseln im Vertrag nicht mehr wegzudenken. Der Vorteil liegt u.a. in der Schnelligkeit der Verfahren, die zudem noch kostengünstig im Verhältnis zum Klageverfahren sind. Zudem wird eine Konfrontation mit einem fremden Landes- oder Staatenrecht vermieden¹⁷¹.

Die Wirtschaftsmediation ist ein weites Feld. Auf eine über die bereits erfolgte Darstellung hinausgehende Betrachtung muss jedoch an dieser Stelle aufgrund des Schwerpunktes und des vorgegebenen Rahmens dieser Arbeit verzichtet werden.

¹⁶⁸ Weitere Beispielfälle zur Mediationsanwendung siehe auch *Pilartz*, Kap. 9

¹⁶⁹ *Prütting* in *Haft/Schlieffen*, S. 527 Rn. 45

¹⁷⁰ Siehe hierzu *Klowait/Gläßer*, Teil 3, § 3 Rn. 1-42

¹⁷¹ *Kirchhoff* in *Klowait/Gläßer*, S. 459 Rn. 3, S. 463 Rn. 11; www.rtmkm.de

e. Probleme in der Praxis: Beispiel kurze gerichtliche Fristen

In der Literatur werden häufig die kurzen Klage- und Ausschlussfristen genannt, um die Mediationsuntauglichkeit für arbeitsrechtliche Konflikte zu belegen. Grundsätzlich richtet sich die Verjährung nach § 203 BGB, wonach diese gehemmt wird, wenn die Parteien sich in der Verhandlung befinden. Von einer Regulierung zur Hemmung der Ausschlussfristen hat der Gesetzgeber bei der Begründung des Mediationsgesetzes jedoch abgesehen. Da eine vertragliche Verlängerung dieser Fristen nicht möglich ist, muss gegebenenfalls bei einer laufenden Mediation Klage durch die anspruchstellende Partei erhoben werden. Das Gericht wird in diesem Fall das Ruhen des Verfahrens gemäß § 54a Abs. 2 Satz 1 ArbGG anordnen.¹⁷²

Diese zusätzliche Belastung der Gerichte und die nötige Klagerhebung stellen keine positive Förderung zur Findung einer mediativen Lösung dar. Jedoch ist zu beachten, dass als Grundvoraussetzung der Mediation die Parteien bereit sein müssen an einer außergerichtlichen Lösung zu arbeiten. Im Rahmen solch eines Zusammentreffens können Gründe der Klageerhebung schnell geklärt und ein Verständnis der Gegenpartei erwartet werden. Zudem kann das Verfahren im Falle eines Scheiterns der Mediation weiterbetrieben werden, ohne dass den Parteien Nachteile entstehen. Lediglich eine kurzzeitliche Verzögerung ist zu erwarten. Jedoch ist diese bei der Zeitspanne, die Verfahren generell zur Konfliktbeilegung benötigen, von keiner großen Bedeutung.

Folglich dürften die kurzen Fristen im Arbeitsrecht nur von geringer Bedeutung sein und keine Einschränkung für die praktische Mediationsanwendung bedeuten, da, wie durch die Praxisbeispiele deutlich wird, in der Regel nur wenige Tage zur Lösung benötigt werden. Im Durchschnitt werden für kleine Verfahren 2-8 Stunden an höchstens 2 Tagen und für komplexe Verfahren 140 Stunden aufgeteilt auf 10 Tage benötigt.¹⁷³

¹⁷² *Hagel* in *Klowait/Gläßer*, S. 475-456 Rn. 14; siehe auch oben Punkt 3.2 b

¹⁷³ *Krabbe*, S. 185-188; *Krabbe/Fritz*, ZKM, 05/2009, Die Kurzzeitmediation und ihre Verwendung in der gerichtlichen Praxis, Teil 1, S. 136-138; *Schmidt/Monßen* in *Schmidt/Lapp/Monßen*, S. 37

3.4. Neue gesetzliche Regelungen zur Förderung der Mediation neben dem Mediationsgesetz

3.4.1. Vertraulichkeit

Vertraulichkeit ist einer der Grundpfeiler der Beliebtheit des Mediationsverfahrens, nicht nur in Unternehmen, in denen Firmengeheimnisse gewahrt werden müssen. Auch im Privatraum ist die Vertraulichkeit für den Einzelnen im Beruf wichtig, wenn er in der Mediation seine regelungsbedürftigen Interessen zum Zwecke einer interessenorientierten Lösung aufdecken soll. Ein Teil der Vertraulichkeit wird bereits durch den Ausschluss der Öffentlichkeit gewährleistet. Darüber hinaus wird über die Mediationsverträge den Beteiligten eine Verschwiegenheitspflicht auferlegt. Das durch die Vertraulichkeit geförderte Vertrauen ist die Grundvoraussetzung, um für die Gegenpartei Verständnis aufzubringen, um deren Interessen und Bedürfnisse hinter dem Konflikt zu verstehen. Eine Generalklausel zur Verschwiegenheit über das ganze Mediationsverfahren erscheint jedoch kontraproduktiv und unrealistisch. Gerade im Arbeitsumfeld kann eine „geheimnisvolle“ Veranstaltung mehr Bedenken als Nutzen erzeugen, wenn den Mitarbeitern nicht zumindest ein Teil der Informationen zugänglich ist. Zudem wollen oder benötigen die meisten Personen eine Beratung mit einer vertrauten Person (Ehefrau, Ehemann, Freunde), um derart wichtige Entscheidungen treffen zu können, der es im Rahmen einer Mediation oft bedarf. Zu beachten, jedoch nicht zu instrumentalisieren, ist die Gefahr einer taktischen Ausnutzung der in der Mediation hervorkommenden Informationen, sowohl nach Beendigung als auch in einem eventuell später zu führenden Verfahren.¹⁷⁴

a. Mediator

Für den Mediator wurde durch den § 4 MediationsG und die Nutzung der Regelung des § 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO ein Zeugnisverweigerungsrecht eingeführt, das sich auch auf seine Hilfspersonen erstreckt. Vor dieser Umsetzung konnte ein Zeugnisverweigerungsrecht nur aus dem Grundberuf des Mediators abgeleitet werden (z.B. als Notar oder Anwalt). Der Gesetzgeber hat mit § 4

¹⁷⁴ Dahl in *Klowait/Gläßer*, S.378 Rn. 21

MediationsG eine über das Zeugnisverweigerungsrecht hinausgehende Verschwiegenheitspflicht für den Mediator und sein Hilfspersonal im Zusammenhang mit der Ausübung der Tätigkeit als Mediator geschaffen. Mit § 4 MediationsG kann kein strafprozessuales Zeugnisverweigerungsrecht begründet werden, wenn sich dieses nicht aus dem Grundberuf des Mediators herleiten lässt.¹⁷⁵

b. Externe Vertraulichkeit

Eine Rechtsgrundlage für eine allgemeine Vertraulichkeit, wenn diese sich nicht bereits aus dem Berufsrecht ergibt, wurde durch das Mediationsgesetz nicht vorgesehen. Um eine externe Vertraulichkeit der Gesamtbeteiligten zu gewährleisten, empfiehlt sich eine Vertraulichkeitsvereinbarung, die individuell auf die Bedürfnisse der Parteien ausgerichtet ist. Ferner kann für ein eventuelles späteres Verfahren eine Vortrags- und Beweismittelbeschränkung mit in die Vereinbarung aufgenommen werden.¹⁷⁶ Für den Fall der Nichteinhaltung kann zudem eine Vertragsstrafe¹⁷⁷ vereinbart werden.¹⁷⁸ Die Möglichkeit der Vereinbarungen ergibt sich aus dem Dispositionsgrundsatz des Zivilprozessrechtes.¹⁷⁹ Ein Zeugnisverweigerungsrecht für die Medianten ergibt sich aus diesen Vereinbarungen nicht.¹⁸⁰ Auskunftsansprüche gesetzlicher oder vertraglicher Natur zwischen den Parteien und gegenüber Dritten können nicht ausgeschlossen werden.¹⁸¹ Offenkundiges und Bedeutungsloses unterliegt nicht der Verschwiegenheitspflicht (§ 4 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1-3 MediationsG). Der Mediator hat die Parteien über den Umfang seiner Verschwiegenheitspflicht zu informieren (§ 4 Abs. 1 Satz 4 MediationsG); durch diese Information können

¹⁷⁵ BT-Drucksache 17/5335; *Goltermann in Klowait/Gläßer*, § 4, S. 215-217 Rn 7-12; *Pilartz*, Kap. 3 S. 40 Rn. 151

¹⁷⁶ *Hartmann in Haft/Schlieffen*, S. 1104, § 44 Rn. 32

¹⁷⁷ *Goltermann in Klowait/Gläßer*, S. 253 § 4 Rn. 26; *Hartmann in Haft/Schlieffen*, S.1103 § 44 Rn. 30

¹⁷⁸ *Hartmann in Haft/Schlieffen*, § 44 S. 1101 Rn. 22, S. 1090 Rn. 6, S.1101 Rn. 27; *Pilartz*, Kap. 3, S. 40-41 Rn. 152-157,

¹⁷⁹ *Goltermann in Klowait/Gläßer*, § 4, S. 222, 224, Rn. 24, 32; *Pilartz*, Kap. 3, S. 42, Rn. 159,

¹⁸⁰ *Hartmann in Haft/Schlieffen*, S. 1108-1109, § 44 Rn. 40, 42

¹⁸¹ *Goltermann in Klowait/Gläßer*, S. 224, § 4, Rn. 30; *Hartmann in Haft/Schlieffen*, S. 1102, § 44 Rn. 29

Parteien für sich ableitend bestimmen, ob es einer zusätzlichen Vereinbarung bedarf.¹⁸²

3.4.2. Verjährung

Gemäß § 8 EU-Mediationsrichtlinie sollen die EU-Mitgliedstaaten dafür sorgen, dass während der aktiven Mediationsverhandlung ablaufende Fristen den Medianten bei einem im Anschluss anstehenden Verfahren in derselben Angelegenheit nicht zum Nachteil geraten. In Deutschland wird die Verjährung gehemmt, wenn die Parteien sich in den Verhandlungen über den Anspruch befinden (§ 203 BGB). Wenn eine der Parteien der anderen Partei den Vorschlag macht, eine außergerichtliche Konfliktverhandlung anzutreten, wird ab dem Zeitpunkt, an dem die gegnerische Partei erklärt darüber nachdenken zu wollen, die Verjährung gehemmt. In der Anwendung des Arbeitsrechtes ist eine hemmende Wirkung bezüglich des § 4 KschG und der Ausschluss- und Klagefristen wie bei der Verjährung nicht zu erkennen. Um diesem speziellen Problem entgegen zu wirken, sollten die Parteien vorsorglich und rechtzeitig fristwährend entsprechende Anträge bei dem Gericht stellen und diese gegebenenfalls später zurücknehmen.¹⁸³ Der Umfang, in dem Ansprüche gehemmt werden, bestimmt sich durch die in der Mediation verhandelten Punkte (§ 203 BGB).

Fraglich ist die Definierung des Beginns und des Endes der Verjährungshemmung zu betrachten, durch welche eine Rechtsunsicherheit entstehen kann. Tritt das Ende der Mediation durch eine Partei mit dem Ziel nicht mehr weiter zu verhandeln ein und dieser Verhandlungsrücktritt ist klar erkenntlich, tritt die verjährungshemmende Wirkung ein. Gleiches gilt, wenn der Mediator die Mediation offiziell für beendet erklärt oder der Mediationsvorschlag durch eine Partei an die gegnerische Partei auf den Beginn eines Mediationsverfahrens erkenntlich ausschlägt. Frühestens drei Monate nach Ende der Mediation tritt die Verjährung ein. Besteht mehr als drei Monate nach Beendigung eine längere gültige Verjährungsfrist, findet § 203 Satz 2 BGB keine Anwendung. Zu Beginn gibt es mehrere Möglichkeiten, je nach Zustandekommen

¹⁸² BT-Drucksache 17/5335

¹⁸³ BT-Drucksache 17/5335,11; Lukas in *Klowait/Gläßer*, Mediationsgesetz, S. 499-501 Rn. 1 i.V.m. 5

der Mediation. Wie beschrieben kann durch eine Partei an die andere der Vorschlag zur außergerichtlichen Konfliktlösung erfolgen. Wird dies durch die andere Partei erwogen, so zählt dies als Verhandeln.

Wesentlich unsicherer und noch ungeklärt ist der Zeitpunkt des Beginns bei Vorliegen einer Mediationsklausel in einem Hauptvertrag. Die Hemmung der Verjährung beginnt nicht mit der Vereinbarung des Hauptvertrages. Strittig ist, ob der Beginn der Hemmung durch die Aufforderung einer Partei oder durch die Zustimmung der anderen Partei ausgelöst wird. Von praktischer Relevanz ist dieser Umstand für die Parteien, wenn eine Klageeinreichung betroffen ist, die bei einem zu wählenden vorgeschalteten vertraglichen Schlichtungsversuch nicht zulässig eingereicht werden kann und der Lauf der Hemmung von der Zustimmung der Partei abhängig ist. So ist der Meinung zu folgen, dass bei einer Mediationsklausel in einem Hauptvertrag die Verjährungshemmung mit der Aufforderung einer Partei zur Ausübung eines Mediationsverfahrens beginnt.¹⁸⁴

3.4.3. Vollstreckung der Abschlussvereinbarung

Durch die Mediationsrichtlinie Art. 6 Abs. 1 wird die Forderung zur Sicherstellung an die Mitgliedsstaaten gestellt, dass eine in der Mediation gefundene Vereinbarung auf Antrag durch die Parteien bzw. eine Partei mit ausdrücklicher Zustimmung der anderen Parteien für vollstreckbar erklärt werden kann. Während des Gesetzgebungsverfahrens ist der Gesetzgeber von der zwischenzeitlich in dem Regierungsentwurf enthaltenen Regelung, die Abschlussvereinbarung gemäß § 796d ZPO vollstreckbar zu erklären, abgewichen. Das Mediationsgesetz enthält keine Regelung zur Vollstreckbarkeit der Abschlussvereinbarung.¹⁸⁵ So kann eine gefundene Abschlussvereinbarung der Parteien mit vollstreckungsfähigem Inhalt, da es sich um einen schuldrechtlichen Vertrag handelt, nach den Paragraphen §§ 794ff. ZPO für vollstreckbar erklärt werden. Hierzu gehören u.a. der Anwaltsvergleich (§§ 796a, 796b ZPO), die vollstreckbare notarielle Urkunde (§ 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO), ein Vergleich vor einer anerkannten Gütestelle (§ 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO) oder auch ein Prozessvergleich (§ 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).

¹⁸⁴ *Hagel in Klowitz/Gläßer*, S. 451-454 Rn. 4-7; *Hess in Haft/Schlieffen*, S. 1080-1081, § 43 Rn. 69-71; *Pilartz*, Kap. 3 S. 37-40 Rn. 140-150,

¹⁸⁵ BT-Drucksache 17/5335

Betrifft dies eine Einigung, auf die die Abgabe einer Willenserklärung gerichtet ist, oder den Bestand eines Mietverhältnisses über Wohnraum, so kann diese nicht für vollstreckbar erklärt werden (vgl. §§ 794 Abs. 1 Nr. 5, 796a Abs. 2).¹⁸⁶ Bezüglich des Inhalts bzw. der vollstreckungsfähigen Formulierung können Probleme beim Mediator ohne rechtlich fundiertes Fachwissen auftreten. Hier ist es die Pflicht des Mediators, die Medianten auf die externe fachliche Rechtsberatung hinzuweisen, um die Bestimmtheit der Vereinbarung und einen vollstreckungsfähigen Inhalt zu gewährleisten.¹⁸⁷

3.5. Kosten

Der Faktor der Kostenersparnis für eine erfolgreich durchgeführte Mediation im Vergleich zu einem Prozessverfahren wird in der Literatur häufig aufgeführt. Die Kosten eines Verfahrens sind ein nicht zu unterschätzender Faktor. Zwar wird immer wieder argumentiert, dass der Mediationserfolg u.a. aufgrund der nachhaltigen Lösung, da durch die Parteien in eigenverantwortlicher, ergebnisoffener Art und Weise gefunden, zur Popularität des Verfahrens beiträgt. Jedoch steckt dahinter auch immer eine Kostenersparnis der Parteien.

Wie zuvor in den Beispielen beschrieben, können die Konflikte häufig innerhalb von 1-5 Tagen endgültig gelöst werden. Die hierfür anfallenden Kosten sind geringer, als wenn die Parteien hierfür ein Gericht kontaktieren würden und versuchen den Konflikt über mehrere Instanzen beizulegen. Es können auch immer neue Konflikte aus dem Urkonflikt entstehen, die durch ein Gericht entschieden werden sollen (siehe der beschriebene Fall der konkurrierenden Betriebsräte). Für Unternehmen ist der Kostenfaktor bei einem außergerichtlichen Verfahren häufig ausschlaggebend. So ist für die meisten Unternehmen eine Mediation erst bei einem Streitwert ab 50.000 € wirtschaftlich sinnvoll, wenn dieser die Parteianwälte beizuwohnen haben. Dies betrifft jedoch nicht die Fälle, in denen die Streitsache niedriger ist, die aber für die Parteien von

¹⁸⁶ *Ulrici* in *Krüger/Rauscher*, Anhang zu § 278a Mediationsgesetz Rn. 9

¹⁸⁷ *Goltermann* in *Klowait/Gläßer*, S. 190-193 Rn. 312-318; *Hess* in *Haft/Schlieffen*, § 43 Rn. 63; *Pilartz*, Kap. 3, S. 44 Rn. 164

enorm hoher Bedeutung sind. Hier kann für Unternehmen ein Mediationsverfahren dennoch sinnvoll sein.¹⁸⁸

a. Außergerichtliche Mediation

Hauptkostenpunkt aufgrund des Mediationsvertrages und der vereinbarten Honorarklausel ist die Vergütung des Mediators. Die Höhe des Honorars variiert bei Stundensätzen zwischen 20-400€. ¹⁸⁹ Welche Kosten mit diesen Honorarsatz abgedeckt sind, ist frei verhandelbar. Der Mediator kann seine eigenen Räumlichkeiten nutzen, andere im Namen der Parteien anmieten oder die der Parteien nutzen. Hierdurch können folglich zusätzliche Kosten anfallen, obwohl die erste bzw. zweite Variante aufgrund der neutralen Räumlichkeiten vorzuziehen ist. Neben diesen Kosten sind noch die Kosten für die Parteien (betroffene Mitarbeiter, Führungskräfte und Anwälte) und deren Arbeitsausfall für die Dauer der Anwesenheit während der Mediation zu berücksichtigen verbunden mit eventuellen Auslagenkosten (z.B. Fahrkosten). Die Dauer der Mediation variiert von einzelnen Tagen bis zu einigen Wochen, je nach Anzahl der Beteiligten am Konflikt und dessen Komplexität. Bei Misserfolg der Mediation sind die Kosten für das gegebenenfalls nötige Gerichtsverfahren mit einzukalkulieren. Allerdings liegt die Einigungswahrscheinlichkeit bei Beginn einer Mediation bei 75%. ¹⁹⁰ Auch um Fristen zu wahren, können Kosten entstehen, z.B. durch Klageeinreichung bei Gericht. Im Ergebnis können Revisionsmedationen vereinbart werden, die zu weiteren Kosten führen.

b. Gerichtskosten

Soll ein Konflikt als Streitiges Verfahren vor dem Gericht geklärt werden, so fallen hierfür Gerichtskosten nach dem GVG an. Nimmt der Anwalt als Parteianwalt an einem Termin zur Mediation teil und ist eine Vergütung nach dem RVG und dem Vergütungsverzeichnis geregelt, so richtet sich die Berechnung des Honorars nach dem Streitwert. Hier können Kosten für Terminge-, Einigungs- und

¹⁸⁸ Risse/Wagner in Haft/Schlieffen, S. 568 Rn. 48

¹⁸⁹ Horst in Haft/Schlieffen, S. 1156 Rn. 46; Hommerich/Kriele, Band 1 Marketing für Mediation, 2004, S. 50

¹⁹⁰ Hacke in Klowait/Gläßer, S. 575 Rn. 15

Beratungsgebühren anfallen. Wird der Anwalt nicht nach dem RVG entlohnt, sondern hat eine Honorarvereinbarung abgeschlossen, richten sich die Kosten nach dieser Vereinbarung.¹⁹¹ Erfolgt eine Konflikteinigung, die zur Beendigung des gesamten Verfahrens führt durch festzustellenden Prozessvergleich oder durch Rücknahme der Klage, sind die Gerichtsgebühren zu reduzieren (§ 278 Abs. 6 ZPO Kostenverzeichnis Nr. 1211).

c. Finanzielle Förderung der Mediation

Der Gesetzgeber hat sich bei der Gesetzgebung gegen eine generelle Regelung zum Thema der finanziellen Unterstützung, angelehnt an die Prozess- oder Verfahrenskostenhilfe, entschieden.¹⁹² Durch den § 7 MediationsG wurde dem Bund und den Ländern die Möglichkeit eröffnet, Forschungsvorhaben zur Ermittlung der Folgen der finanziellen Förderung für die Länder zu veranlassen. Im Rahmen der Forschungsvorhaben kann einer antragstellenden, rechtssuchenden Person die Förderung 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. Nach Abschluss der wissenschaftlichen Forschungsvorhaben unterrichtet die Bundesregierung den Deutschen Bundestag über die gesammelten Erfahrungen und die gewonnenen Erkenntnisse.¹⁹³

Durch eine finanzielle Förderung soll zum einen der Anreiz zur vermehrten Nutzung der außergerichtlichen Konfliktbeilegung geschaffen werden, zum anderen sollte jeder unabhängig von seiner finanziellen Situation eine Mediation nutzen können. Langfristig gesehen könnte dennoch bei vermehrter Nutzung der außergerichtlichen Mediation der Staatshaushalt entlastet werden durch den Wegfall der benötigten Prozess- und Verfahrenskostenhilfe und eine entsprechend geringere Zahl von anfallenden Gerichtsverfahren.¹⁹⁴ Die

¹⁹¹ Horst in Haft/Schlieffen, § 47 Rn. S. 1163, 93ff.; Pilartz, S. 89 Rn. 303

¹⁹² Pilartz, Kap. 3 S. 46 Rn. 171

¹⁹³ BT-Drucksache 17/5335 zu § 6; Paul in Klowait/Gläßer, § 7, S. 290-294 Rn. 1-12

¹⁹⁴ BT-Drucksache 17/5335 zu § 6; Paul in Klowait/Gläßer, § 7, S. 290-294 Rn. 1-12

wissenschaftlichen Forschungsvorhaben können für eine zukünftige Entwicklung einer Mediationskostenhilfe durch den Gesetzgeber als Grundlage genutzt werden. Ein zeitlicher Rahmen für diese Forschungsprojekte wurde nicht gesetzlich verankert, der die Möglichkeit von Langzeitstudien und deren nachhaltiger Ausfertigung bestimmt.¹⁹⁵ Bei Vorhandensein einer Rechtsschutzversicherung sollte bei dieser bezüglich einer Kostenübernahme für das Mediationsverfahren nachgefragt werden, da diese Kosten meistens übernommen werden.¹⁹⁶

d. Konfliktkosten

Bei der Entscheidung, ob der Konflikt im Rahmen eines Gerichtsverfahrens oder einer außergerichtlichen Konfliktlösungsmethode bereinigt werden soll oder ob dies keine Option darstellt, sollten die Kosten des Konfliktes berücksichtigt werden. KPMG hat in einer Studie von 2009 herausgefunden, dass Konfliktkosten für ein Unternehmen messbar sind und in drei Kategorien (Person, Team und Organisation), sowie in intern und in extern aufgeteilt werden können. So können die Kosten den jeweiligen Bereichen zugeordnet und in einem weiteren Schritt reduziert werden. Es wurde deutlich, an welchen Stellen und wodurch die Konfliktkosten anfallen. Dazu gehören nicht nur die offensichtlichen Kosten der Rechtsverfolgung oder Streitbeilegung, sondern auch die Kosten für Krank- und Fehlzeiten, Überstunden durch nicht vorhandene Kommunikation, die Kommunikation über den Konflikt mit anderen Mitarbeitern und auch die Neugewinnung von Kunden und Mitarbeitern. Das folgende Beispiel dient der Verdeutlichung. Ein Vorgesetzter und ein Mitarbeiter geraten in Streit mit einer Diskussion von zweistündiger Dauer. Nach Ende der Diskussion benötigt der Vorgesetzte 30 Minuten, um sich zu beruhigen und kommt zu seiner Besprechung mit 10 anderen Führungskräften 15 Minuten zu spät. Folglich entstehen auch aufgrund der Lohnkosten Konfliktkosten. Diese belaufen sich auf 50€ pro Stunde für den Arbeitnehmer, auf 100€ für Vorgesetzte und 80€ für andere Führungskräfte. Zusammen hat diese Diskussion rein rechnerisch 350€ reine Personalkosten erzeugt. Um das Spektrum möglicher anfallender Kosten

¹⁹⁵ BT-Drucksache 17/5335 zu § 6; *Paul in Klowait/Gläßer*, § 7, S. 290-294 Rn. 1-12

¹⁹⁶ <http://www.mediation.de/images/Private-Rechtsschutzversicherungen-und-Mediation.pdf>

und deren Verzahnung in den einzelnen Kostenkategorien eines Konfliktes in einem Unternehmen zu verdeutlichen, siehe auch folgende Grafik.¹⁹⁷



Abbildung 2: KPMG-Konfliktkostenkategorien¹⁹⁸

Um die Kosten für einen Konflikt zu überblicken, empfiehlt sich für die Berechnung die Verwendung eines Konfliktkostenrechners. Dieser fragt systematisch alle Kostenpunkte in exakter Höhe ab und wertet sie in einer Gesamtkostenrechnung aus.¹⁹⁹ Mit diesen Ergebnissen sollte eine Kostengegenüberstellung von Konflikt und Verfahren der Beilegung angefertigt werden, sodass eine fundierte Entscheidung getroffen werden kann. Exemplarisch dazu siehe die Kostengegenüberstellung der EUCON über

¹⁹⁷ Insam, Konflikte und ihre Kosten, in Best Practice Konflikt(kosten)-Management 2012 - Der wahre Wert der Mediation, S. 4-9, <http://www.kpmg.com/DE/de/Documents/best-practice-konfliktkosten-management-2012-kpmg.pdf>

¹⁹⁸ Insam, S. 5

¹⁹⁹ Z.B. <http://www.konfliktkostenrechner.de>

Gerichtsverfahren und Mediationsverfahren im Anhang. Anhand dieses Studienergebnisses wird deutlich, welches Potenzial gutes Konfliktmanagement und damit das Feld der Mediation für Unternehmen in Deutschland hat. Die unter dem Punkt Organisation aufgeführten Posten der arbeitsrechtlichen Maßnahmen können erhebliche Kosten verursachen, die aber wie diese Studie zeigt aufgrund der Verzahnung der Arbeitsbereiche nie alleine betrachtet werden können.

3.6. Der aktuelle Stand der Mediation im deutschen Arbeitsrecht

Mit dem Mediationsgesetz hat der Gesetzgeber versucht, die außergerichtliche Streitbeilegung mit einem rechtlichen Rahmen zu versehen, um eine erhöhte Nutzungshäufigkeit der alternativen Verfahren zu fördern. Es stellt sich die Frage, ob eine Erlassung des Gesetzes allein ausreicht, um die außergerichtlichen Verfahren im arbeitsrechtlichen und unternehmerischen Alltag für innerbetriebliche und betriebsexterne Konflikte zu verankern. Für die Etablierung der Mediation im Arbeitsrecht bedarf es mehrerer unterstützender Beteiligten. Zum einen sind dies auf der rechtlichen Seite der Anwalt und das Gericht, und zum anderen die Unternehmen. Für die Arbeitsgerichte besteht durch das Mediationsgesetz die Möglichkeit, nach § 54a ArbGG, den Parteien ein außergerichtliches Verfahren vorzuschlagen oder, nach § 54 Abs. 6 ArbGG, die Parteien an einen entscheidungsbefugten Richter (Güterichter) zu verweisen.

Diese Möglichkeiten werden gegenwärtig in sehr unterschiedlicher Häufigkeit von den Gerichten eingesetzt.²⁰⁰ So kann davon ausgegangen werden, dass Gerichte, die bereits vor der Mediationsgesetzzeinführung Mediationsverfahren angeboten haben, diese Möglichkeiten noch häufiger nutzen werden als andere Gerichte. Für das Arbeitsrecht mit der hohen Vergleichsrate bieten sich durch die Vorschläge der Richter viele vorstellbare Konstellationen der Anwendung an, die häufigste ist bei Kündigungsstreitigkeiten. Problematisch erscheint zurzeit, dass es keine generelle finanzielle Unterstützung gibt. Zwar sind die Gerichte ermächtigt Forschungsprojekte zu gründen, jedoch führt dies zu unterschiedlicher Handhabung und der nichtliquide Schuldner wird eher zum sicheren Prozess, in

²⁰⁰ Siehe Modellversuchsauswertungen z.B. <http://www.reinhard-greger.de/dateien/gueterichter-abschlussbericht.pdf>

dem er Prozesskostenhilfe (zinslose Sozialleistung des Staates zur Ermöglichung der Prozessführung) erhalten kann, tendieren.

Zur Betrachtung der anderen bestimmenden Faktoren, der Unternehmen und des Rechtsanwaltes, kann eine aktuelle Studie von der Kanzlei Taylor Wessing und dem Bucerius Center on the Legal Profession zu Rate gezogen werden.²⁰¹ In dieser wurde untersucht, wann sich Unternehmen im Rahmen des Konfliktmanagements an einen Anwalt wenden. Die Beratungsleistung der Rechtsdienstleitung wurde hierfür in Phasen eingeteilt: Prävention, Analyse, Verfahrenswahl, Wahl des Dritten, Durchführung des Verfahrens, Vollstreckung. Als Ergebnis kann festgehalten werden, dass Anwälte hinzugezogen werden, wenn ein Anwaltszwang besteht oder eine Gerichtsverhandlung als Konfliktbeseitigungsmittel gewählt wurde. Zudem entscheiden sich die Unternehmen für eine einzelne Kanzlei, das heißt während des Konfliktes erfolgt keine Einholung einer Zweitmeinung oder eine Prozessteilung nach Kompetenzen an andere Kanzleien.²⁰² Die vorherige Bearbeitung und Analyse des Konfliktes erfolgt im Unternehmen selbst.

Dies steht im Gegensatz zu den Mitgliedern des Fördervereins des „Round Table Mediation und Konfliktmanagement der Deutschen Wirtschaft“ (RTMKM), welches 50 deutsche Großunternehmen als Mitglieder verzeichnen kann.²⁰³ Hier begleiten Anwälte als strategische Berater die Konfliktanalyse von Beginn an und können so gezielt mitentscheiden, ob in diesem Konflikt ein außergerichtliches Verfahren sinnvoll ist oder stattdessen ein gerichtliches Verfahren verfolgt werden muss. An diese Anwälte werden spezielle Voraussetzungen an rechtsfachübergreifendem Wissen und sozialen Voraussetzungen gestellt. Eine vermehrte Nutzung von Mediationsverfahren ist seit Erlass des Gesetzes nicht zu vermerken.

Diesbezüglich besteht noch viel Raum für Aufklärungsarbeit, auch wenn es um die Anwendungsfelder der Mediation geht. Hier erfährt die außergerichtliche

²⁰¹ Taylor Wessing, Trends in der Zusammenarbeit von Unternehmen und Kanzleien: „Dafür nehmen wir uns einen Anwalt „ - Erwartungen von Unternehmen an externe Anwälte im Konfliktmanagement; eine Studie des Bucerius Center on the legal Profession und der Kanzlei Taylor Wessing, Veröffentlicht im November 2013.

²⁰² Taylor Wessing, S. 20

²⁰³ U.a. SAP AG, E.ON Kernkraft GmbH, AUDI AG, Bayer AG, Bombardier Transportation GmbH, Deutsche Bahn AG, Deutsche Bank AG, Deutsche Telekom AG, E-Plus Gruppe, EnBW AG, ERGO AG, Fraunhofer Gesellschaft, Lufthansa Technik AG, Maritim Hotelgesellschaft mbH, ZDF; Taylor Wessing, S. 21

Konfliktlösung eine Geringschätzung durch die Unternehmen und Anwälte. Oft ist diesen nicht bewusst, dass es kaum Bereiche gibt, für die sich eine Mediation nicht eignet (z.B. psychische Erkrankungen). Generell können sich alle Unternehmen eine alternative Konfliktlösung vorstellen, wenn die Chancen einen Prozess zu gewinnen zwischen 50-60% liegen. Aktuell wird Mediation noch als kaum bekannter Fremdkörper aufgefasst, jedoch mit einer steigenden Bereitschaft, sich damit zu beschäftigen und den positiven Nutzen zu erhalten. Bisher fehlt den Beteiligten allerdings vergleichsweise die Erfahrung, die sie in den gerichtlichen Verfahren besitzen.²⁰⁴

Seitens der Anwaltschaft besteht eine starke Skepsis gegenüber den außergerichtlichen Streitbeilegungsverfahren. So wird beispielsweise ein Mandantenverlust mit den einhergehenden finanziellen Einbußen befürchtet. Die Unternehmen wiederum befürchten, dass durch die Begleitung des außergerichtlichen Verfahrens durch einen Anwalt eine enorme finanzielle Belastung entsteht. Allgemein ist vergleichend zu sagen, dass die Honorare bei einer Mediation durch den Anwalt im Durchschnitt unter dem von zwei Instanzenzügen bleiben, allerdings bei einer für den Anwalt kürzeren Verfahrensdauer. Zudem wird den Anwälten durch die Unternehmen unterstellt, dass sie keine Mediation verhindern würden, dieser jedoch mit Skepsis gegenüberstünden.²⁰⁵ In diesem Punkt besteht Handlungsbedarf für die Anwaltschaft. Als Vertrauensperson können sie auf Unternehmen einwirken, Vorurteile und Unsicherheiten abbauen, Anwendungsgebiete erweitern und besonders bei der Entscheidung über die Verfahrenswahl einwirken. In ihren Kompetenzbereich fällt es auch, den Unternehmen Mediatoren mit qualifizierten Kompetenzen zu nennen, wenn sie die Betreuung aus verschiedensten Gründen nicht selber leisten können. Das würde auch dem Wunsch der befragten Unternehmen entsprechen, denen bisher nicht bekannt ist, wie sie fachlich gute Mediatoren auf dem Markt finden können.

Um Mediationsverfahren in die Unternehmen einzuführen, kann eine entsprechende Vertragsgestaltung durch die Anwälte in der Form von Mediationsklauseln in den Arbeitsverträgen ein erster Schritt sein. Mit zunehmendem Wandel der Unternehmensphilosophie werden auch die Anwälte

²⁰⁴ Taylor Wessing, S. 17

²⁰⁵ Taylor Wessing, S. 22

die Chancen für sich erkennen. Durch die Wertschöpfungspotenziale für die Unternehmen, die sie aus diesen außergerichtlichen Konfliktlösungen ziehen, kann sich für den Anwalt eine langfristige Kundenbindung ergeben, da er in diversen Konflikten schon frühzeitig Ansprechpartner sein kann.²⁰⁶

Zudem besteht für Anwälte die Möglichkeit im Rahmen deal mediation²⁰⁷ tätig zu werden. Hier ist eine dritte neutrale Person von Anfang an bei Vertragsverhandlungen begleitend anwesend. Denn auch in dieser Situation gilt wie generell bei der Mediationsanwendung, dass je früher die Gespräche stattfinden, desto höher die Einigungsraten sind. Konsultierten Mandanten wie üblich den Anwalt erst in einer späten Konfliktphase und einer dann oft hohen Eskalationsstufe, hat dieser kaum Handlungsspielraum für außergerichtliche Konfliktlösungen.²⁰⁸ Hier liegt es auch im Machtbereich des Anwalts bzw. Mediators diesem Prozess durch Aufklärung entgegenzuwirken. Sind die ersten Verhandlungen und Gespräche erst gescheitert, sehen die Unternehmen aktuell keine Chance in einer Mediation und wählen stattdessen den Rechtsweg.

Während Mediation in Unternehmen in einigen Branchen wie dem Bau- und Grundstücksbau schon fest in den Unternehmensphilosophien verankert ist, bestehen in anderen Branchen noch Ausweitungsmöglichkeiten. Gerade bei den Anwälten, die in Unternehmen vertreten sind, besteht großes Potenzial für die Etablierung von außergerichtlichen Streitbelegungsverfahren, denn die in diesem Bereich Agierenden sind oft geübt sich durch gegenseitiges Nachgeben im Vergleich zu einigen. So bieten gerade Kündigungsstreitigkeiten ein hohes Potenzial für eine schnelle und effektive Lösung durch die Mediation. Hier findet sich auch die häufigste bisherige Nutzung der Mediation, was dadurch unterstützt wird, dass die meisten Rechtsschutzversicherungen die Kosten übernehmen.

Abschließend ist festzuhalten, dass in den meisten deutschen Unternehmen außer bei den Mitgliedern des RTMKM bisher kein ausreichendes Konfliktmanagement in der Unternehmensphilosophie verankert ist und betrieben wird. Zudem wird der externe Anwalt bisher kaum in das Konfliktmanagement integriert.²⁰⁹ Folglich ist bisher kein großes Einsatzgebiet für arbeitsrechtliche Mediation entstanden. Eine zunehmende Nutzungsveränderung der

²⁰⁶ Taylor Wessing, S. 33

²⁰⁷ <https://imimmediation.org/deal-mediation>

²⁰⁹ Taylor Wessing, S. 19

Unternehmen bezüglich außergerichtlicher Konfliktlösungsverfahren ist seit der Mediationsgesetzserlassung nicht zu erkennen.²¹⁰ Jedoch sind die Unternehmen den Verfahren gegenüber generell positiv gestimmt. Auch scheinen sie bereit zu sein diese einzusetzen, wenn sie mehr Informationen zum Thema erhalten und die Anwälte sie gezielt auf die Verfahren hinweisen würden.²¹¹ Mehr aufklärende Initiativen von Anwälten sowie ein Ausbau des internen und externen Konfliktmanagements in den Unternehmen scheinen notwendig für eine flächendeckende Etablierung der arbeitsrechtlichen Mediation in Deutschland zu sein.

4. Ein Vergleich: Mediation und Arbeitsrecht in den USA

4.1. Geschichte und Entstehung der Mediation bzw. ADR (Alternative Dispute Resolution) in den USA

a. Arbeitsgerichtsrecht in den USA

In den USA existiert kein spezielles Arbeitsgericht wie es im deutschen System bekannt ist. Das amerikanische Arbeitsrecht hat keine eigenen Gerichte und Rechtszüge wie sie im deutschen Recht vorkommen. Im materiellen Arbeitsrecht herrscht eine ausgeprägte bundesrechtliche Prägung vor. Zudem sind für die Durchsetzung der vorhandenen arbeitsrechtlichen Normen spezielle Bundesbehörden zuständig. Der Rechtsweg führt in der Regel über diese Bundesbehörden und ist damit vergleichbar mit der im deutschen Rechtssystem existierenden ersten Instanz des Amtsgerichtes. In der Berufungsinstanz werden die arbeitsrechtlichen Klagen am häufigsten den Bundesberufungsgerichten zugeführt, den sogenannten Courts of Appeal. Als letztinstanzliche und damit höchste Instanz des amerikanischen Arbeitsrechts ist der Supreme Court zuständig.²¹² Wie in vielen anderen wirtschaftsrechtlichen Gebieten besitzt das

²¹⁰ Taylor Wessing, S. 15

²¹¹ Taylor Wessing, S. 12

²¹² Prütting in Germelmann/Matthes/Prütting, Arbeitsgerichtsgesetz, 8. Auflage, 2013, Rn. 337

Bundesrecht einen großen Einfluss auf das Arbeitsrecht, dessen Durchsetzung von speziell dafür vorgesehenen Behörden kontrolliert wird.²¹³

b. Geschichte des Arbeitsrechtes

Eine zeitlich frühe Regelung, in der auch arbeitsrechtliche Fragestellungen betrachtet wurden, erging durch den Kongress in 1918. In der Folge durfte bei Arbeitsverhältnissen in der Eisenbahnwirtschaft keine Diskriminierung aufgrund einer Gewerkschaftszugehörigkeit erfolgen. Mit diesem Schritt gingen erste für die Mediation wichtige Regelungen zur Konfliktbeilegung im Rahmen einer Kommission für Mediation und Schlichtungsverfahren, die vermittelnd zwischen Eisenbahngesellschaften und den Gewerkschaften auftrat, einher. Nach anfänglichen verfassungsrechtlichen Schwierigkeiten - der Supreme Court hatte zuerst seine Bundesgesetzgebungskompetenz im Arbeitsrecht bestritten - konnte mit dem Fair Labor Standards Act (1938) eine einheitliche Regelung zum Verbot der Kinderarbeit, der Bestimmung eines Mindestlohns und eine Vorgehensweise für den Überstundenausgleich durch Prämien geschaffen werden.²¹⁴

Durch den Norris-LaGuardia Act (1932) entstand eine friedliche Streikkultur. Dieses war das erste allgemeine Gesetz über Arbeitsverhältnisse. Die Bundesgerichte durften keine einstweiligen Verfügungen mehr gegen streikende Arbeitnehmer verhängen. Der National Labor Relation Act im Jahre 1935 brachte eine neue Bundesbehörde hervor, das National Labor Relation Board. Dessen Aufgabe ist es, die Arbeitnehmer zu schützen und die Arbeitsgesetze durchzusetzen. Im Rahmen des Schutzes soll den Arbeitnehmern gewährleistet werden, ihr Stimmrecht auszuüben und sich durch eine Gewerkschaft bei Tarifverhandlungen vertreten lassen zu dürfen. Zudem entscheidet diese Behörde über Arbeitnehmerbeschwerden bezüglich unfairen Arbeitgeberverhaltens und kann durch Bescheid dagegen vorgehen.²¹⁵

Ein wichtiger Schritt zu einer arbeitnehmerfreundlichen Gesetzgebung konnte mit dem Worker Adjustment and Retraining Notification Act (1988) für ein sozialeres Vorgehen bei Massenentlassungen erzielt werden. Werden Entlassungen

²¹³ Hay, US-amerikanisches Recht, 5. Auflage, 2011, S. 45 Rn. 106-109

²¹⁴ Hay, S. 243 Rn. 658

²¹⁵ Hay, S. 243 Rn. 659

vorgenommen, bei großen Unternehmen >500 und bei kleineren >50 Beschäftigte, so müssen die Gewerkschaft(en), die örtlichen Regierungsstellen und die Arbeitnehmer 60 Tage zuvor darüber in Kenntnis gesetzt werden, damit keine Pflicht zum Schadensersatz besteht.²¹⁶

c. Individualarbeitsrecht

Im amerikanischen Arbeitsvertragsrecht herrscht grundsätzlich der Grundsatz des „employment at will“, nach dem beide Parteien zu jeder Zeit einen Vertrag schließen oder auch beenden können. Zunehmend wird dieser Grundsatz durch das Gesetz oder den Arbeitsvertrag eingeschränkt. Ähnlich wie das Deutsche Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz existiert in den USA basierend auf dem Civil Rights Act (1964) ein Diskriminierungsgesetz, um Arbeitnehmer bei Aufnahme oder Beendigung eines Arbeitsverhältnisses aufgrund von Religion, Geschlecht, Alter, Hautfarbe oder Gesundheitszustand weder zu benachteiligen noch zu bevorzugen. Seit 1986 gibt es auch gesetzliche Regelungen zum Schutz vor sexueller Belästigung. Dies ist in Verbindung mit der erhöhten Anzahl arbeitender Frauen zu sehen.²¹⁷

Um ältere Arbeitnehmer ab dem 40 Lebensjahr besser vor Diskriminierung zu schützen, erging der Age Discrimination in Employment Act und darauf aufbauend später folgend der Older Worker Benefit Protection Act. Ersterer setzt eine durchzuführende Sozialwahl voraus, sodass Arbeitnehmer über 40 nicht altersbezogen bei einer Kündigung diskriminiert werden dürfen. Mit dem zweiten ergangenen Act erhielten Arbeitnehmer über 40 Jahre eine Informationsfrist von 45 Tagen, in der sie sich über die korrekt erfolgte Sozialwahl und die angemessene Höhe der vorgeschlagenen Prämie informieren können. Unbezahlter Sonderurlaub aus familiären Gründen wurde durch den Family and Medical Leave Act (1993) ermöglicht. Damit in einem Unternehmen dieses Gesetz Anwendung findet, müssen bestimmte Mitarbeiterzahlen in einem Ort erreicht werden. Diese Zahlen können sich von Bundesstaat zu Bundesstaat stark unterscheiden.²¹⁸

²¹⁶ Hay, S. 243 Rn.664

²¹⁷ Hay, S. 243 Rn. 667- 669

²¹⁸ Hay, S. 243 Rn. 670; 29 U.S.C. §§ 621-634

d. Kollektivarbeitsrecht

Mit dem Labor Management Relation Act (Taft-Harley Act 1947) wurde es den Gewerkschaften untersagt, unfaire Praktiken durch Streikinstrumentalisierung anzuwenden. Zudem konnten die Einzelstaaten durch Erlassen von right-to-work-Gesetzen gegen die Benachteiligung von Arbeitern bei Einstellung und Weiterbeschäftigung vorgehen, wenn von ihnen hierfür eine bestimmte Gewerkschaftsmitgliedschaft verlangt wurde. Auch erhielt der Präsident mit diesem Act die Möglichkeit, einen Streik für 80 Tage zu unterbrechen, wenn durch diesen die nationale Sicherheit gefährdet wird.²¹⁹

Die internen Arbeitsweisen der Gewerkschaften erhielten durch den Labor-Management Reporting and Disclosure Act (1959) mehrere Auflagen, nach dem massive Missständen durch eine Bundeskontrolle aufgedeckt worden waren. So wurden zuvor Mitgliedsbeiträge zweckfremd eingesetzt oder es flossen auch Zahlungen zwischen Funktionären und der Betriebsleitung. Neben diesen genannten und zumeist auf Bundesebene ergangenen Gesetzen, die in allen Bundesstaaten gültig sind, bestehen in jedem einzelnen Bundesstaat zusätzlich umfassende Gesetze im arbeitsrechtlichen Bereich.²²⁰

4.2. Wichtige Unterschiede im Zivilverfahren der beiden Systeme

Zu Beginn eines Verfahrens in zivilrechtlichen Angelegenheiten steht im US-amerikanischen System das sogenannte Pre-trial-Discovery, auf das die Hauptverhandlung folgt. Zweck des Discovery²²¹ ist es, nach dem bisher der

²¹⁹ Hay, S. 243 Rn. 661-662; 29 U.S.C. §§ 141-197

²²⁰ Hay, S. 243 Rn. 663, 29 U.S.C. §§ 401-531

²²¹ Gesetzliche Regelung zu diesem Verfahrensabschnitt siehe: Federal Rules of Civil Procedure TITLE V. Disclosures and Discovery Rule 26. Duty to Disclose, General Provisions Governing Discovery

Rule 27. Depositions to Perpetuate Testimony

Rule 28. Persons Before Whom Depositions May Be Taken

Rule 29. Stipulations About Discovery Procedure

Rule 30. Depositions by Oral Examination

Rule 31. Depositions by Written Questions

Rule 32. Using Depositions in Court Proceedings

Rule 33. Interrogatories to Parties

Rule 34. Producing Documents, Electronically Stored Information, and Tangible Things, or Entering onto Land, for Inspection and Other Purposes

Rule 35. Physical and Mental Examinations

Rule 36. Requests for Admission

Rule 37. Failure to Make Disclosures or to Cooperate in Discovery; Sanctions

Schriftverkehr auf ein Mindestmaß begrenzt wurde, die nötigen Informationen und das Beweismaterial vor der eigentlichen Hauptverhandlung zu erlangen. Dieser Verfahrenspart ist von großer Wichtigkeit, neben den erlangten Informationen werden auch die durch einen Vergleich zu erwirkenden Optionen abgesteckt. Die Prozessparteien können vielfältige Möglichkeiten nutzen, um Beweismaterial zu erhalten. Dazu zählen die Dokumentenrecherche, Fragenlisten mit einem Beantwortungsverlangen sowie außergerichtliche Partei- und Zeugenvernehmungen, auch von Prozessunbeteiligten, wenn sich daraus später Beweise ergeben könnten (Möglichkeit besteht im nächsten Verfahrensabschnitt nicht mehr).²²² Dem Richter bzw. den Geschworenen wird durch die Parteien der zu beweisende, umstrittene Sachverhalt vorgetragen. Die Informationsbeschaffung muss den Parteien umfangreich ermöglicht werden, da im späteren Hauptverfahren nur ein sehr kurzes Zeitfenster gegeben ist und kein Beweisvortrag bzw. eine nachträgliche Ermittlung erfolgen dürfen.²²³ Zwischen der Hauptverhandlung und dem zuvor erfolgten ausführlichen Pre-trial-Discovery können Jahre vergehen.

Dauert ein Pre-trial-Discovery mehrere Jahre bis es zu einer Hauptverhandlung kommt, können bis zu diesem Zeitpunkt wegen der anzuwendenden American rule exorbitante Kosten entstanden sein. Durch diese sind die Parteien verpflichtet die anfallenden Prozess- und Rechtsanwaltskosten selbst zu tragen. Je nach „Marktwert“ des Anwalts (Erfahrung, Kanzlei) können in der Höhe stark unterschiedliche Stundenhonorare bestehen.²²⁴ Dieser Grundsatz bietet für den Anwalt keinen Anreiz ein Verfahren zu beschleunigen, denn ein langwieriger Prozess wirkt sich zu seinen finanziellen Gunsten aus. Für den Kläger besteht die Möglichkeit, dieses Kostenrisiko durch Vereinbarung einer Erfolgshonorarabrede mit Gewinnbeteiligung an der erstrittenen Zahlung einzudämmen.²²⁵

Von essentieller Bedeutung für die Entscheidung, ob eine Partei den gerichtlichen Weg einschlägt, um die Durchsetzung seiner Ansprüche zu verfolgen, sind neben der Dauer und der Kostengefahr die zum Zwecke der Informations- bzw. Beweisgenerierung preiszugebenden vertraulichen

²²² Federal Rules of Civil Procedure TITLE V. Disclosures and Discovery Rule 26. Duty to Disclose, General Provisions Governing Discovery, b

²²³ Hay, S. 69 Rn.184-186

²²⁴ Hay, S. 60 Rn.154

²²⁵ Hay, S. 60 Rn.155

Informationen. So können hochsensible und vertrauliche Informationen sowohl persönlicher als auch unternehmerischer Natur an die Öffentlichkeit gelangen.²²⁶ Die Pflicht der Beweisoffenlegung während des Pre-trial-Discovery, da im späteren Verfahren nicht mehr zugelassen, birgt immense Risiken. Die Partei läuft Gefahr ein Verfahren zu verlieren, wenn sie nicht bereit ist diese vertraulichen Informationen preiszugeben. Mit der Offenlegung besteht aber neben dem Verlust des Vertraulichkeitsschutzes weiterhin die Gefahr im laufenden Prozess zu verlieren, denn die Urteilsfindung der Geschworenenjury ist kaum zu kalkulieren.

4.3. Mediation

Wie einleitend beschrieben trat in den 70er Jahren eine Überlastung der Gerichte im Zivilrechtsbereich auf. Dies führte zu langen, unüberschaubaren Prozessen und unkalkulierbaren Kosten. Aus der daraus resultierenden allgemeinen Unzufriedenheit mit dem Justizsystem entstanden alternative außergerichtliche Konfliktlösungsmodelle. Unter den alternativen Verfahren zum Gerichtsverfahren hat sich das Verfahren der Mediation bewährt und ist heute das am meisten angewandte außergerichtliche Verfahren. Die seit den 70er Jahren praktizierte Methode der Mediation ist eng an die kulturellen und rechtlichen Bedürfnisse der jeweiligen Zeit gebunden. So findet auch heute eine Anpassung an die jetzigen kulturellen Bedürfnisse der grenzüberschreitenden Konflikte und der Globalisierung, z.B. in der Form der Online Mediation, statt.²²⁷

Der Ursprung der Mediation als Verfahren in den USA lässt sich auf verschiedene Gruppen von Einwanderern aus China, Japan, Jordanien, Afrika und auch auf Religionsgemeinschaften (z.B. Quäker) zurückführen. All diese Kulturen kennen in ihrem Zusammenleben den Versuch, ihre Konflikte gemeinsam, friedfertig, gewaltfrei und ohne Gerichte zu klären, sei es durch Zuhören, Diskutieren oder durch den Einbezug von Dritten. Zu Anfang des Zwanzigsten Jahrhunderts waren unter den Beschäftigten der Eisenbahngesellschaften viele chinesische Einwanderer. In der Chinesischen Kultur ist Bestreben nach harmonischem Zusammenleben, verbunden mit dem

²²⁶ Hay, S. 69 Rn.186

²²⁷ Köstler, S.16

Glauben des Erleidens eines Gesichtverlustes durch Rechtserlangung per Gericht, tief verwurzelt.²²⁸

Aus der 1918 gegründeten Kommission für Streitschlichtung und Mediation entstand 1947 ein staatlicher Dienst mit der Aufgabe der Betreuung von kollektiven Verhandlungskonflikten und Arbeiterproblemen im Zusammenhang mit Gewerkschaften. In ähnlicher Form wurde dieses Modell in vielen Bundesstaaten umgesetzt. Schon zu dieser Zeit wussten die Industrieunternehmen den Nutzen von Mediation bei Arbeitsplatzkonflikten zu schätzen und nutzten diese bevorzugt zur Konfliktbeilegung. Um 1964 wurden erste experimentelle Konfliktbeilegungsstellen gegründet, privat und auch staatlich finanziert, in denen zuvor ausgebildete Freiwillige sich zuerst an Nachbarschaftsstreitigkeiten und später auch an Scheidungsstreitigkeiten in der Konfliktbeilegung versuchten.²²⁹

In den 70er Jahren kam es an den Gerichten zu einer „Klagenflut“, sodass die Gefahr bestand, dass für den Bürger das Justizsystem nicht mehr zugänglich geworden wäre.²³⁰ Im Jahr 1976 einigten sich die Justizbeteiligten und Experten auf eine Förderung der außergerichtlichen Streitbeilegung, um diesem Zustand der Überlastung der Justiz entgegenzuwirken. Pilotprojekte wurden durch verschiedene Anwaltskammern betreut, in denen Gerichte kleine Fälle an die neugebildeten Nachbarschaftszentren überführten. Die hohen Einigungsquoten und die als positiv empfundene gesteigerte Mitgestaltungsmöglichkeit im Vergleich zum Zivilverfahren ließen die Anzahl der gegründeten Zentren steigen. Die ersten Unternehmen entdeckten die positive Wirkung der kostengünstigeren und nicht von Geschworenen abhängigen Verfahren. In der Folge kamen die ersten spezifischen Organisationen und Mediationsunternehmen auf den Markt. Im Rahmen dieser Bewegung erfolgten weiterhin die Einbindung der Wissenschaft und die Einrichtung von Forschungszentren, die die Mediation wissenschaftlich fundiert ausbauten (z.B. Entstehung des Harvard-Konzeptes des Verhandeln).²³¹

²²⁸ Köstler, S.16

²²⁹ Yarn in *Haft/Schlieffen*, S. 1260, § 53 Rn. 1-5

²³⁰ Hay, Kap. 6, S. 242-245 Rn. 658-670A; Köstler, S.16; Yarn in *Haft/Schlieffen*, S. 1260, § 53 Rn. 3-5

²³¹ Yarn in *Haft/Schlieffen*, S. 1266-1265, § 53 Rn. 14-15

a. Staatliche Mediation

In den achtziger Jahren hatte das Mediationsverfahren aufgrund von zahlreichen Bücherveröffentlichungen und immer neuen Zentren einen großen Bekanntheits- und Akzeptanzgrad erreicht.²³² In den USA existiert keine einheitliche Regelung im Rahmen eines Mediationsgesetzes, welches in allen Bundesstaaten gleichermaßen gilt. Mediation wird in den Bundesstaaten unterschiedlich gehandhabt. So ist das Mediationsrecht in den Staaten Ohio, Florida, Kalifornien²³³ und zum Teil auch in Texas sehr fortgeschritten. Soll ein Überblick über alternative Streitbeilegungsverfahren in den USA²³⁴ angefertigt werden, muss zuerst zwischen informellem privaten Sektor, in dem die Freiwilligkeit und eine flexible Verfahrensausgestaltung bestehen, und den Mediationsverfahren, die die Gerichte entlasten sollen, unterschieden werden. So entstanden zwei gegensätzliche Tendenzen: bei der außergerichtlichen mit der angestrebten Freiheit des Verfahrens und bei der gerichtlichen Mediation mit der fortschreitenden Institutionalisierung. Im Amerikanischen Raum bilden Mediationsverhandlungen eine Verbindungstelle zwischen privaten, nichtbindenden Streitbeilegungsverfahren und den Schiedsgerichten, in denen es zu Einschränkungen bezüglich der Gestaltung und der nichtbindenden Wirkung kommt.²³⁵

Bis der Bundesstaat Florida eine Regelung einführte, dass alle Gerichte und Prozessparteien eine Mediation verlangen bzw. anordnen können, hatten die Richter ohne jegliche bindende Wirkung die Rechtsfälle an die Mediationszentren weitergeleitet. Die meisten Staaten entwickelten daraufhin eigene Systeme, um einen ähnlichen Status wie in Florida herstellen zu können.²³⁶ In Kalifornien zum Beispiel ist seit 1981 ein obligatorisches Mediationsverfahren in Regelungen über das Sorgerecht oder das Besuchsrecht für Kinder vorgeschrieben.²³⁷ Es folgte die Reformierung der Verfahrensverordnung von Bundes- und Einzelstaaten hin zu einer schon in der Vorbereitungsphase des Verfahrens zu anzustrebenden

²³² Yarn in *Haft/Schlieffen*, S. 1262-1263, § 53 Rn. 11-12

²³³ § 1775.1 (a) Kalifornischer Code of Civil Procedure, zitiert von *Kulms in Hopt/Steffek*, Mediation, 2008, Kap. 6, S. 405

²³⁴ *Kulms in Hopt/Steffek*, Kap. 6, S. 405

²³⁵ *Goldberg/Sander/Rogers/Cole*, Dispute Resolution, *Kulms in von Hopt/Steffek*, Kap. 6 S. 405

²³⁶ Yarn in *Haft/Schlieffen*, S. 1262, § 53 Rn. 9

²³⁷ *Lawrence*, Capitulat or Else; San Diego's Mandatory Mediation Process and Procedural Fairness 16, *Journal of Contemporary Legal Issues*, 2007, zitiert von *Kulms in Hopt/Steffek*, Kap. 6, S. 407

Streitbeilegung im Rahmen des Vergleiches, um eine Beendigung des Verfahrens zu erwirken. Beispielsweise werden Richter in Kalifornien im Code of Civil Procedure aufgefordert, Verfahren schnell und kostengünstig zu beenden, um eine Gerichtsentlastung zu erwirken.²³⁸ So werden zivilrechtliche Verfahren an Bundesgerichten heute zu circa zwei Dritteln im Vergleich beendet.²³⁹ In den Einzelstaaten ergeben sich durchschnittlich ähnliche Zahlen, jedoch gibt es eine Differenz in der Anzahl in den einzelnen Gerichtsbezirken aufgrund von unterschiedlicher finanzieller Förderung.²⁴⁰

Im Vergleich dazu gibt es in Florida sehr ausgeprägte Mediationsmöglichkeiten. So wird das Verfahren für Bagatellsachen sowohl in Familiensachen als auch in Berufungsgerichten eingesetzt, um ein zweitinstanzliches Verfahren nicht in Anspruch nehmen zu müssen.²⁴¹ Anhand von gesetzgeberischen Richtungsentscheidungen erhielten die obersten Gerichte die Ermächtigung, einen Rahmen für alternative Konfliktbeilegung in Form von Pilotprojekten umzusetzen. Aufgrund dieser Entwicklung kam es zu den verschiedenen Förderungen und der unterschiedlichen Etablierung in den Staaten.²⁴²

In Kalifornien werden für kleine Streitigkeiten zur Beilegung private Organisationen genutzt, deren Arbeit durch den Staat finanziell bezuschusst wird. Für allgemeine zivilrechtliche Verfahren mit einem Streitwert unter 50.000 US\$ darf ein Mediationsverfahren angeordnet werden. Die Auswahl erfolgt durch Analyse des Schriftverkehrs, Stellungnahmen der Parteien oder durch Einzelfallentscheidung. Die Einigung muss dem Gericht 90 Tage vor Hauptverhandlungseröffnung zugehen.²⁴³ Nach den Verfahrensregeln des Superior Court of California für die Anwendung im Bezirk Sacramento soll schon in der Vorverhandlung eine gütliche Lösung erzielt werden. Nach 120 Tagen nach Klageeinreichung findet hierfür eine Case Management Conference zur Verfahrensbeschleunigung Anwendung. In dieser müssen die Parteien ein Mediation Statement verfassen, die Chancen der Beilegung aufzeigen und die

²³⁸ *Kulms in Hopt/Steffek*, Kap. 6, S. 407

²³⁹ *Sheweder*, Judicial Limitations in ADR: The Role and Ethics of Judges Encouraging Settlements, 20 *Geo. Journal of Legal Ethics*, 2007 zitiert von *Kulms in Hopt/Steffek*, Kap. 6, S. 408

²⁴⁰ *Kulms in Hopt/Steffek*, Kap. 6, S. 408; www.saccourt.com

²⁴¹ *Kulms in Hopt/Steffek*, Kap. 6, S. 408

²⁴² *Rogers/Mc Ewen*, Employing the Law to Increase the Use of Mediation and to Encourage Direct and Early Negotiations, *Journal on Dispute Resolutions*, 1998; *Welsh*, The Thinning Vision of Self-Determination in Court-Connected Mediation: The Inevitable Price of Institutionalization?, 6. *Harvard Negotiation Law Review*, 2001 zitiert von *Kulms in Hopt/Steffek*, Kap. 6, S. 407

²⁴³ *Kulms in Hopt/Steffek*, Kap. 6, S. 419

Streitpunkte beschreiben. Hier wird eine Fristverkürzung erzielt, indem das Mediation Statement vorgezogen wird auf den Zeitpunkt, zudem noch nicht bekannt ist, ob ein Mediationsverfahren stattfinden wird.

Im Gegensatz hierzu steht die vorgeschriebene Frist der California Rules of Court, welche diese erst bei Zustandekommen des Mediationsverfahrens durch den Mediator vorschreibt. Zur weiteren Förderung werden 3 Stunden a 200 US\$ vom Gerichtshaushalt bezahlt. Weitere Sitzungen zahlen die Parteien.²⁴⁴ Durch die California Rules of Court wird eine verpflichtende Teilnahme an einem Mediationsverfahren vorgesehen, welches jedoch jederzeit beendet werden kann.²⁴⁵ Kommt es in der Mediation zu einer Einigung, die nur zu Lasten einer Partei ausfällt, kann eine Anfechtung eingeleitet werden.²⁴⁶ Anhand dieses Beispiels ist ersichtlich, wie zersplittert die Regelungen allein in einem Bundesstaat ausfallen.

Die Kostenerstattung ist in jedem Bundesstaat in den Verfahrensordnungen und zum Teil selbst in den Gerichtsbezirken unterschiedlich geregelt. In Florida und Ohio wird die Bezuschussung an das Gehalt angepasst. Zum Teil gibt es auch vollständige Übernahmen der Kosten durch die Staatskasse oder die Honorarkosten der Mediatoren sind sehr gering festgelegt, welches mit einer Pflichtfallzahl gekoppelt ist.²⁴⁷ Für den Bundesstaat Florida wurde durch eine Reform versucht, die eine einheitliche Finanzierung durch den Bundesstaat für alle Gerichte vorsah, dem Bürger ein einheitlicher Zugang zu den staatlichen Leistungen der ADR-Verfahren zu gewährleisten. Gleichzeitig erhielt der oberste Richter eines Bezirkes die Möglichkeit ein Citizen Dispute Center zu errichten, welches ein Gremium aus vielen verschiedenen Personen aus staatlichen Einrichtungen und dem privaten Sektor beinhaltet.

Praktische Anwendung finden diese Center für Bagatellstreitigkeiten im Zivilrecht ohne die Einreichung einer Klage.²⁴⁸ Für die Mediationssitzung bleiben den Beteiligten 45 Tage zur Beendigung, bevor diese durch das Gericht eingestellt

²⁴⁴ *Kulms in Hopt/Steffek*, Kap. 6, S. 420

²⁴⁵ *McGovern*, SN 009 ALI-ABA, 2007, zitiert von *Kulms in Hopt/Steffek*, Kap. 6, S. 421

²⁴⁶ *Woodside Homes of California V. The superior court of the country of Riverside* 107 Cal. App. 4th Dist., 2003 zitiert von *Kulms in Hopt/Steffek*, Kap. 6, S. 421

²⁴⁷ *Kulms in Hopt/Steffek*, Kap. 6, S. 456

²⁴⁸ *Florida Mediation & Arbitration Programs*, FN 76, 21; *Gelfand*, *Alternative Dispute Resolution in The Florida Condominium Law and Practice*, 2003, zitiert von *Kulms in Hopt/Steffek*, Kap. 6, S. 423-424

wird. Eine Verlängerung ist möglich.²⁴⁹ Die Teilnahme an den Verfahren ist verpflichtend, jedoch nicht wenn diesem Verfahren schon ein früheres Mediationsverfahren vorherging.²⁵⁰ So finden z.B. in allen Familiengerichten Mediationen Anwendung, welche durch finanzielle Anreize je nach Einkommen der Parteien gefördert werden. Ab einem Einkommen von 100.000 US\$ müssen die Parteien die finanziellen Mittel selbst aufbringen. Zudem darf der Streitwert nicht über 15.000 US\$ liegen. Innerhalb von 10 Tagen nach der Anordnung müssen die Parteien sich auf einen Mediator und deren Bezahlung geeinigt haben, sonst übernimmt das Gericht die Entscheidung. Die Mediationsanwendung für zivilrechtliche Angelegenheiten ist auch bei Berufungsverfahren möglich.²⁵¹

Die Mediationszentren sind zumeist im Gerichtsgebäude beherbergt, neben den weiterhin bestehenden Nachbarschaftszentren die für Klageverweisungen genutzt werden. Alle Bundesstaaten haben sich verpflichtet, eine Vertraulichkeit im Mediationsverfahren bezüglich des Gesprochenen zu gewährleisten. Ab 1998 mussten die Bundesgerichte den Parteien neben den Gerichtsverfahren eine Alternative zur Rechtsverfolgung bieten. Mit diesen Gesetzen ging die Kompetenz des Richters einher, den Parteien ein Mediationsverfahren aufzuerlegen.²⁵²

Es gibt unterschiedliche Verfahrensweisen bezüglich der Verjährung und des Einsetzungszeitraumes. Im Allgemeinen kann festgestellt werden, dass wenn die Verfahren von den Gerichten verpflichtend angeordnet worden ist, die Verjährung gehemmt ist. Im privaten Sektor können Parteien die Verjährungsfristen für die Dauer der Mediationsverhandlung verlängern, ansonsten gelten die gesetzlichen Verjährungsregeln. Zum Teil sind die Verjährungsregeln auch an den Streitwert und die Freiwilligkeit der Vornahme des Verfahrens geknüpft - durch den Kalifornischen Code of Civil Procedure.²⁵³

Zur Vollstreckung der Abschlussvereinbarung bedarf es regelmäßig in den Bundesstaaten einer vertragsrechtlichen Klage. Zum Teil werden Vormediationsverfahren vor dem eigentlichen Mediationsverfahren durchgeführt,

²⁴⁹ *Kulms* in *Hopt/Steffek*, Kap. 6, S. 424

²⁵⁰ *Kulms* in *Hopt/Steffek*, Kap. 6, S. 424

²⁵¹ Florida Mediation & Arbitration Programs FN. 42, 73, 76 zitiert von *Kulms* in *Hopt/Steffek*, Kap. 6, S. 425

²⁵² *Yarn* in *Haft/Schlieffen*, S. 1263-1264, § 53 Rn. 8-13

²⁵³ *Kulms* in *Hopt/Steffek*, Kap. 6, S. 429-430

um den Konflikt zu entschärfen, z.B. in Santa Cruz, Kalifornien. Dies bietet sich bei emotional geladenen Konflikten an. Auch Regierungs- und Verwaltungsbehörden müssen ADR-Verfahren anbieten, denn auch hier entstehen im Büroalltag Konflikte, gegen die Klagen eingereicht werden können. Diese Mediationsverfahren erfolgen jedoch auf freiwilliger Basis.²⁵⁴ Im kalifornischen arbeitsvertragsrechtlichen Bereich kommt die Mediation beispielsweise zur Anwendung, wenn eine Mediationsklausel im Vertrag vorhanden ist und von dieser auch die Wirksamkeit der Kündigung abhängt. In diesem Fall muss der Arbeitgeber den Arbeitnehmer für die Dauer der Verhandlung über die Festsetzung von Entschädigungszahlungen weiterbeschäftigen.²⁵⁵

b. Der vom Gericht beauftragte Mediator

Wie auch das allgemeine Mediationsrecht sind die Anforderungen an einen Mediator von Bundesstaat zu Bundesstaat unterschiedlich. In den meisten Staaten können die Parteien im Gericht registrierte Mediatoren aus den vorhandenen Listen auswählen.²⁵⁶ In einigen Staaten ist eine gewisse Aus- und Weiterbildung (rechtliche Vorbildung) bzw. Inübunghaltung erforderlich, jedoch nicht in allen Bundesstaaten.²⁵⁷ Um als Mediator bei einem Gericht zugelassen zu werden, muss zum Teil ein Qualifizierungskurs, je nach Staat über Tage oder Wochen, nachgewiesen werden oder auch ein Nachweis bisher praktizierter Mediationen erbracht werden. Z.B. muss ein Mediator in Santa Clara eine gesetzlich festgelegte Anzahl von Co-Mediationen in bestimmten Bereichen begleiten, bevor er vom Gericht für Fälle zur Alleinbearbeitung zugelassen wird.²⁵⁸ Eine in allen Bundesstaaten gegebene Gleichbehandlung der gerichtlichen Mediatoren bezüglich der Vor-, Aus- und Weiterbildung ist nicht ersichtlich.

²⁵⁴ *Yarn in Haft/Schlieffen*, S. 1264, § 53 Rn. 13

²⁵⁵ *Woods and Goldberg v. Boston Scientific Corporation*, 2007 WL 754093 (S.D.N.Y. 2007) *Kulms in Hopt/Steffek*, Kap. 6, S. 431

²⁵⁶ *Kulms in Hopt/Steffek*, Kap. 6, S. 456

²⁵⁷ *Yarn in Haft/Schlieffen*, S. 1263, § 53 Rn. 11

²⁵⁸ *Kulms in Hopt/Steffek*, Kap. 6, S. 440-441

Zu den Aufgaben des Mediators gehört u.a. die Informationsweiterleitung an das Gericht über die Beendigung des Verfahrens mit oder ohne Einigung.²⁵⁹ Ist ein Vergleich ergangen, so ist dieser schriftlich mit dem Mediator festzuhalten. Bezüglich der Pflichten während der Durchführung gibt es z.B. in Florida eine Aufklärungspflicht des Mediators, die vom inhaltlichen Umfang der in Deutschland ähnelt. Allerdings haben Mediatoren in den USA ein unterschiedlich ausgestaltetes Zeugnisverweigerungsrecht. So darf ein Mediator in Kalifornien nur Aussagen darüber treffen, ob das Verfahren durch einen Vergleich beendet wurde, wenn die Parteien ihm ein weiteres Aussagerecht einräumen.²⁶⁰ Haftungsfragen für den Mediator können bei der Formulierung der Vereinbarung oder auch bei der Verschwiegenheitspflicht entstehen. Ein genereller Haftungsausschluss besteht nicht. Vielmehr wurden durch die National Standards for Court Connected Mediation Programs ein abgestuftes Sanktionssystem mit einhergehenden Geldstrafen entwickelt. Dieses wird verhältnismäßig selten in Anspruch genommen.²⁶¹

Bezüglich der gerichtsnahen Mediation haben sich 17 Bundesstaaten auf einen gemeinsamen Verhaltenskodex für Mediatoren geeinigt. So dürfen Mediatoren auch rechtliche Aspekte erörtern, jedoch müssen sie die Parteien auf die Möglichkeit der anwaltlichen Vertretung, insbesondere bezüglich der Abschlussvereinbarung, hinweisen.²⁶² Für außergerichtliche Mediationsarbeit existieren kaum Regelungen, hier entscheiden die Mediatoren selbst, an welchen Kodex oder welche Verfahrensvorgaben sie sich halten und welche Aus- und Weiterbildung sie wahrnehmen.²⁶³

c. Private Mediation

Ein Mediationsgesetz wie in Deutschland gibt es nicht in den USA. Der private Sektor ist kaum Regularien unterworfen. Die dort arbeitenden Organisationen und privaten Mediatoren arbeiten sowohl für Unternehmen als auch für private Personen. Weitverbreitet sind Mediationsklauseln in Verträgen, sodass zuerst versucht wird Konflikte auf dem Wege der Mediation beizulegen. Gerade bei

²⁵⁹ *Kulms in Hopt/Steffek*, Kap. 6, S. 448

²⁶⁰ *Kulms in Hopt/Steffek*, Kap. 6, S. 448

²⁶¹ *Kulms in Hopt/Steffek*, Kap. 6, S. 448

²⁶² *Kulms in Hopt/Steffek*, Kap. 6, S. 458

²⁶³ *Yarn in Haft/Schlieffen*, S. 1263-1264, § 53 Rn. 8-13

Geschäftsbeziehungen zwischen Unternehmen oder auch bei Arbeitsverträgen sind entsprechende Klauseln fast schon obligatorisch. Dies spiegelt sich auch in den erhöhten Fallzahlen wider.²⁶⁴ In den staatlichen Organisation sowie Einrichtungen wie Krankenhäusern, Schulen oder auch Berufskammern finden sich private Mediatoren, die bei Konflikten zur Lösung hinzugezogen werden. Größere Unternehmen unterhalten speziell eingerichtete Konfliktmanagementabteilungen, die im benötigten Falle eine Mediation durchführen können.²⁶⁵

Im außergerichtlichen Arbeitsrecht kommen Mediatoren für den Federal Mediation and Conciliation Service bei kollektiven Tarifstreitigkeiten zum Einsatz. Ursprünglich wurde diese Einrichtung zur Abwendung zwischenstaatlicher Handelsunterbrechungen bei Arbeitskämpfen gegründet und wird heute für vor Fristablauf stattfindende Tarifvertragsverhandlungen unter Zuhilfenahme von verschiedenen ADR-Verfahren eingesetzt (in Deutschland vom Betriebsverfassungsrecht erfasst). Um Auseinandersetzungen bei Diskriminierung in einem freiwilligen Verfahren auszutragen, wurde das Equal Employment Opportunity Commission Program geschaffen.²⁶⁶ Abschließend ist festzustellen, dass keine einheitlichen Regelungen, weder bezüglich der Anwendung des Mediationsrechts, noch zu den Voraussetzungen für Mediatoren, bestehen. Zum Teil wird der Versuch unternommen grenzüberschreitende, einheitliche Vereinbarungen zu treffen.

4.3. Vergleich zum deutschen Rechtssystem: Vorzüge, Nachteile und Chancen

In den letzten 30 Jahren der praktischen Anwendung konnte sich das Mediationsverfahren in den USA vielfach beweisen, allerdings sind hierbei auch negative Punkte in der Anwendung sichtbar geworden. Den Kritikern folgend besteht zumindest in Teilen ein regelrechter Drang zum Mediationsverfahren, dem die Parteien nur schwer entgegenwirken können. In solchen Fällen kann die Mediation auch in prinzipiell ungeeigneten Situationen (s.o. z.B. bei Phasen der

²⁶⁴ <https://www.adr.org/aaa/ShowProperty?nodeId=%2FUCM%2FADRSTAGE2021420&revision=latestreleased>

²⁶⁵ *Yarn in Haft/Schlieffen*, S. 1265, § 53 Rn. 15-16

²⁶⁶ *Kulms in Hopt/Steffek*, S. 468

Mediation) oder bei genereller Unwilligkeit der Parteien zum Einsatz kommen. Bei den aus obigen Gründen geschilderten geringen bis nicht vorhandenen Erfolgchancen wird der Weg zum Erlangen des eigentlichen Gerichtsverfahrens nur noch mehr in die Länge gezogen und es entstehen zusätzliche Kosten.

Beispielsweise kommt es vor, dass die Parteien ein außergerichtliches Mediationsverfahren nur anstreben, um den Nachweis des Scheiterns zu erhalten und dann in das gerichtliche Verfahren eintreten zu können, ohne vom Gericht erneut zu einer Mediation geschickt werden zu können. Für einen langhaltigen Erfolg der Mediation im deutschen Arbeitsrecht gilt es, derartige Entwicklungen frühzeitig zu erkennen und zu unterbinden, beispielsweise durch die Beibehaltung des ausdrücklichen und gesetzlich garantierten Grundsatzes der Freiwilligkeit im Gegensatz zu einer obligatorischen Anwendung wie sie in vielen Teilen der USA vorkommt.²⁶⁷

Erfahrungen aus den USA haben gezeigt, dass wenn sich ungleich starke Parteien im Streit befinden, die schwächere Partei oft im vorgeschalteten Mediationsverfahren zu einem Vergleich gedrängt wird, denn der Druck auf diese kann auch im Rahmen einer Mediation groß sein.²⁶⁸ Außerdem sind nicht prinzipiell alle Parteien bereit auf prozessuale Verfahren und damit eine juristische Lösung zu verzichten. Unter Umständen bedürfen die Parteien einer verbindlichen Entscheidung durch eine dritte Person. Der Vorteil des Delegierens an einen Dritten wird auch gewählt, um sich nicht selbst mit dem Thema beschäftigen zu müssen. Gerade im Arbeitsrecht, bei dem oft hierarchische Beziehungen vorherrschen, kann ein Vorschlag des Arbeitgebers an den Arbeitnehmer als Verpflichtung empfunden werden. Wiederum will der Arbeitgeber bei einem Vorschlag durch den Arbeitnehmer zur Mediation nicht seinen Ruf verlieren. In der Mediation kann es hier zu einer Divergenz der Verhandlungskompetenzen kommen, die in dieser Konstellation auch in Deutschland denkbar ist.

Die Bereitwilligkeit, eine getroffene Vereinbarung einzuhalten mag dann nicht gegeben sein oder nur vorgetäuscht werden, um wie oben geschildert eine gegebenenfalls folgende richterliche Entscheidung nicht ungünstig zu

²⁶⁷ Fiss, *Against Settlement*, 93 Yale L.J 1073, 1984 zitiert von Yarn in *Haft/Schlieffen*, S. 1266, § 53 Rn. 17, 19

²⁶⁸ Fiss, *ebd.*; s. auch *Delgado*, *ADR and the Dispossessed*, 13 Law & Soc. Inquiry, 145, 1988 zitiert von Yarn in *Haft/Schlieffen*, S. 1266, § 53 Rn. 18

beeinflussen. Durch die Bewahrung einer freien Wahlmöglichkeit, die einen gerichtlichen Prozess auch ohne Mediation beinhaltet, können auch schwächere Parteien sich durch die Anwendung des Rechtes und durch den Beistand eines Rechtsanwalts gestärkt fühlen und ihre Interessen besser vertreten. So zeigt auch die Statistik zur Langzeitzufriedenheit²⁶⁹, dass wenn die Parteien freiwillig und nicht vorschnell zu einer nur oberflächlichen, sondern einer fundierten und für sie auch tragfähigen Lösung finden, in der Regel gewillt sind die getroffene Vereinbarung auch einzuhalten.²⁷⁰

In diesem Fall würde eben nicht eine Verlängerung des gesamten Verfahrens durch Durchlaufen sowohl der außergerichtlichen als auch der gerichtlichen Konfliktlösung eintreten, wie von Kritikern befürchtet, sondern die deutlich kürzere (s.o.) Mediation bereits einen Abschluss des Konfliktes erbringen. Auch ist gerade im deutschen Arbeitsrecht, in dem der Beschleunigungsgrundsatz zur Anwendung kommt, eine Verlängerung der Verfahrensdauer, insbesondere durch die nach 3 Monaten erfolgende Kontrolle durch das Gericht, über diese 3 Monate hinaus nicht zu erkennen oder zu befürchten.²⁷¹ Es empfiehlt sich, die Freiwilligkeitsbekundungen der Parteien und die Konflikttauglichkeit für das Mediationsverfahren einer genauesten Prüfung zu unterziehen. Eventuelle Freiwilligkeitsbekundungen der Parteien aus Angst vor einer Negativbewertung im eventuell folgenden Gerichtsverfahren durch die Nichtbereitschaft zu einer außergerichtlichen Lösung können so vermieden werden.

In den USA wird argumentiert, dass die Mediation im staatlichen Rahmen sich vom ursprünglichen Sinn und Zweck der Anwendung der Mediation, z.B. des Einsatzes bei Konflikten in der Nachbarschaft, bei Freunden und Bekannten, aber auch im Arbeitsumfeld oder bei Scheidungsfällen, zu einem unflexiblen, formalen, durch das Rechtssystem geprägten und vom Staat massenhaft eingesetzten Verfahren gewandelt hat.²⁷² In der Tat zeigen auch die neben der gerichtlichen Mediation in den USA weiterhin bestehenden Mediationszentren, in denen eine ursprüngliche und nicht an das staatliche System angepasste Mediation praktiziert wird, dass dieser Weg sinnvoll sein kann. Hier kann die absolute Freiwilligkeit zum Beginnen eines Verfahrens und die Ergebnisoffenheit

²⁶⁹ *Kaiser/Gabler*, ZKM, 06/2014, S. 182-184

²⁷⁰ *Kaiser/Gabler*, ZKM, 06/2014, S. 184

²⁷¹ *Dahl* in *Klowait/Gläßer*, S. 380 Rn. 24, Beschleunigungsgrundsatz

²⁷² *Yarn* in *Haft/Schlieffen*, S. 1259, 1266, 1269 § 53 Rn. 1, 17, 25

der Verhandlungen mit alternativen Lösungskonzepten nachhaltig und ohne zeitlichen Druck praktiziert werden. Ohne ausgeübten Zwang zum Verfahren sind die Parteien daran interessiert, die geschlossenen Vereinbarungen einzuhalten, um langfristig und nachhaltig Zufriedenheit zu erhalten. Bei den gerichtlichen Vereinbarungen ist diese Tendenz nicht zu erkennen, was zu erneuten Klagen führt, um die Durchsetzung der Vereinbarungen zu generieren. Die ursprünglich gewollte Entlastung der Gerichte in den USA kann inzwischen so nur noch zum Teil erreicht werden und führt vielmehr zu einer Belastung durch Klagen zur Anspruchsdurchsetzung.²⁷³

Dieses kann potentiell in Deutschland ebenfalls zu teilweise steigenden Kosten wie in den USA führen.²⁷⁴ Jedoch zeigen die Erfahrungen aus den USA ebenso, dass die Möglichkeit einer schnellen und verbindlichen Konfliktlösung, wenn sie gut vereinbart wurde, oft eine weitere nachhaltige Zusammenarbeit der Parteien ermöglicht, und so zur Kosteneinsparung im Vergleich zu Gerichtsverfahren beitragen kann. Diesbezüglich ist gerade in Unternehmen der enorme Nutzen von Mediation ersichtlich. Dazu tragen auch in den Unternehmen etablierte Konfliktmanagementabteilungen oder gut ausgebildete Human Resource Mitarbeiter bei. Selbst bei kleinen Konflikten kann ein Mediator schnell und unbürokratisch zu Hilfe gezogen werden, wodurch eine Lösung zeitnah zum Konfliktgeschehen erfolgen kann. Daraus folgt eine nicht unbeträchtliche Kostenersparnis für die Unternehmen.

Die schnelle Lösung birgt die Chancen, dass die Mitarbeiter schnell wieder effizient ihre Arbeit verrichten können. Es kommt zu keinem Vermeidungsverhalten oder gar Racheakten gegen Mitarbeiter oder den Arbeitgeber. Die Teamharmonie bleibt bestehen und das Unternehmen erleidet keinen Imageverlust aufgrund von interpersonellen Streitigkeiten, die auf dieses zurückfallen könnten. Durch die schnellen Lösungen werden Projektverzögerungen vermieden. Der in diesem Rahmen niedrige Kostenfaktor in den USA im Vergleich zum Gerichtsverfahren ist auch in Deutschland zu sehen. Sind beide Parteien bereit zu einer mediativen Lösung, können jahrelange Strapazen und Anwalts- und Gerichtskosten entfallen.²⁷⁵ So birgt dies

²⁷³ Yarn in *Haft/Schlieffen*, S. 1268-1269, § 53 Rn. 24; i.V.m. Kostenvergleich Mediationsverfahren /Gerichtsverfahren

²⁷⁴ Yarn in *Haft/Schlieffen*, S. 1268- 1269, § 53 Rn. 24

²⁷⁵ Schmidt /Lapp/Monßen, S. 207-210 Rn. 1010-1025

auch die Möglichkeit für Personen, die sich ein Verfahren nicht leisten könnten, zu ihrem Recht zu gelangen. Durch diesen gezielten Einsatz von Mediatoren können die Konfliktkosten so auf ein Minimum reduziert werden.

Eine weitere wichtige Lehre kann aus dem Beispiel der USA bezüglich der Vertraulichkeit gezogen werden. Die Mediationsverfahren in den USA werden zumeist auch für ein erstes „Muskelspiel“ der Parteien genutzt, um die ausgehende Gefahr abzuschätzen und Informationen und Beweismittel zu bekommen, die durch den Bruch der Vertraulichkeit im Verfahren gegen die andere Partei genutzt werden können.²⁷⁶ Auch wenn es um die Durchsetzung der Abschlussvereinbarungen in den USA geht, geschieht dies häufig zu Ungunsten der Vertraulichkeit, die von den Gerichten hierfür oft gebrochen wird. Dies kann das Vertrauen in die Mediation und die Wirksamkeit der Methode an sich grundlegend und langfristig untergraben, da die Mediation wesentlich von der Bereitschaft zur Kooperation der beteiligten Parteien abhängt.

Auf Deutschland ist diese Problematik gegenwärtig kaum zu übertragen. Durch die angewandten Vertraulichkeitsregeln, die zunehmend durch zusätzliche Verträge mit entsprechenden Beweismittelausschlüssen und die Vertraulichkeitsabmachung für Dritte mit den resultierenden Vertragsstrafen unterstützt werden, scheint zurzeit eine ausreichende Garantie der Vertraulichkeit gegeben. Gerade auch Unternehmen können durch die gewährte Vertraulichkeit untereinander verhandeln, ohne befürchten zu müssen, dass Betriebsinterna an die Öffentlichkeit gelangen und gegen sie verwendet werden. Für die weitere Akzeptanz und den langfristigen Erfolg der Mediation ist eine konsequente Beibehaltung des Grundsatzes der Vertraulichkeit angezeigt.²⁷⁷

Die USA zeichnen sich gerade durch eine große Bandbreite nicht nur bei den einzelnen gesetzlichen Regelungen zur Mediation, sondern auch bei der Ausbildung und Qualifikation der Mediatoren aus. Es bestehen bei den Mediatoren unterschiedliche fachliche Kompetenzen aufgrund der nicht vorhandenen Qualitätskontrollen und auch bedingt durch die divergierenden bundesstaatlichen Voraussetzungen für den Beruf des Mediators. Dies kann nicht nur zu einem für den Nutzer unübersichtlichen Markt, sondern auch zu einer

²⁷⁶ Yarn in *Haft/Schlieffen*, S. 1267, § 53 Rn. 19

²⁷⁷ Yarn in *Haft/Schlieffen*, S. 1268-1269, § 53 Rn. 24, *Kaiser/Gabler*, ZKM, 06/2014, S. 184

sehr variablen Güte der Mediatoren und der durchgeführten Mediation führen.²⁷⁸ Dieses kann wiederum durch die resultierende Unsicherheit in einem langfristigen Vertrauensverlust in die Methode, gegebenenfalls mit einer durch die oben beschriebenen Mechanismen erzeugten Kostensteigerung und Belastungszunahme der Gerichte, resultieren.

Das Beispiel der USA zeigt, dass über den Markt allein zwar die Qualität der Mediatoren mitgeregelt werden kann, jedoch gerade aufgrund der unterschiedlichen und teils unzureichenden Gesetzgebung auch Defizite entstehen.²⁷⁹ Diesbezüglich erscheinen die in Deutschland geplante einheitliche Regelung der Mediation sowie die Mindestqualifikation für Mediatoren in Aus- und Weiterbildung von Vorteil, wobei eine Überregulierung zum Erhalt der Dynamik und der Weiterentwicklung der Mediation zu vermeiden ist. Ein gut ausgebildeter und erfahrener Mediator kann die vielfältigen, oben geschilderten Herausforderungen und Problematiken während der Mediation erkennen und die Parteien darauf hinweisen. Er trägt somit entscheidend zu einem Erfolg der Mediation oder gegebenenfalls einem rechtzeitigen Abbruch des Verfahrens bei. Die in Deutschland geplanten Aus- und Fortbildungsregelungen können bei einer ausgewogenen Gestaltung diesen Vorgang begünstigen.

²⁷⁸ *Cole, McEwen, Rogers*, §13:1: „Mediation is a simple process, but the laws related to mediation are complex“, zitiert nach *Kulms* in *Hopt/Steffek*, S. 471

²⁷⁹ *Cole, McEwen, Rogers*, *Mediation*, § 130: 1, §§ 10: 1, 10: 2, zitiert nach *Kulms* in *Hopt/Steffek*, S. 455

5. Zusammenfassung und Ergebnis

Die Mediation ist ein schon lange eingesetztes und in vielen Konfliktsituationen und -phasen anwendbares, außergerichtliches Konfliktlösungsverfahren, das sich von den gerichtsinternen und anderen möglichen Methoden unterscheidet. An den Mediator werden zur Durchführung und zur vorherigen Prüfung auf Eignung des Verfahrens bereits heute vielfältige Anforderungen gestellt, die zukünftig durch einen gesetzlichen Rahmen weiter festgelegt werden sollen. Aufgrund des Inkrafttretens des Mediationsgesetzes sind bereits viele Neuerungen bezüglich der Eingliederung der Mediation ins deutsche Rechtssystem und speziell ins deutsche Arbeitsrecht eingetreten. So hat unter anderem bei gerichtsanhängigen Mediationsverfahren eine Entwicklung vom ursprünglichen Modell des gerichtlichen Mediators hin zum qualifizierten Güterichter stattgefunden. Die weitere Entwicklung ist noch nicht abgeschlossen. Gerade auch die Zukunft der außergerichtlichen Konfliktlösung, die in zahlreichen Aspekten den gerichtsinternen Arbeitsrechtsverfahren überlegen scheint, bietet noch vielfältige Gestaltungsmöglichkeiten. Die Mediation ist hierbei eine vielsprechende, wenn auch nur eine von mehreren möglichen Verfahrensvarianten.

Es wurde aufgezeigt, dass im Vergleich zu den USA sich die Mediation im deutschen Arbeitsrecht noch in der Etablierung befindet, obwohl die Entwicklung in anderen Rechtsbereichen, beispielsweise dem deutschen Wirtschaftsrecht, schon weiter vorangeschritten ist. Anhand des Beispiels der USA konnte gezeigt werden, dass es keine prinzipiellen Grenzen für die Mediation im deutschen Arbeitsrecht gibt, weder bei der außergerichtlichen noch bei der gerichtlichen Mediation. Jedoch scheint eine weitere Förderung und Aufklärung vonnöten, um die Akzeptanz und Verbreitung in der deutschen Arbeitsrechtspraxis zu erreichen. Grundsätzliche Prinzipien der Mediation wie Freiwilligkeit und Vertraulichkeit sollten gewahrt bleiben, um eine nachhaltige und effektive Anwendung zu gewährleisten. Bei Integration der aus dem Beispiel der USA gewonnenen Erkenntnisse in das deutsche Rechtssystem, insbesondere bezüglich einer möglichen Überregulierung, kann die Mediation zur Kostensenkung und Entlastung der Gerichte und einer gestiegenen Rechtszufriedenheit beitragen.

