



GRUNDSÄTZE DER MEDIATION

Hilal ÜNAL*

* Attorney at law. LL.M Juristische Fakultät der Universität Bayreuth.

ABSTRACT

As in all over the world, the interest in the alternative dispute resolution, and especially, in mediation has increased rapidly in Turkey in recent years. The reason for the increasing interest would be understood better if the general objective of mediation is taken into account in comparison to the objective of the juridical procedures (namely court trials) which can be formulated as the determination of winning and losing parties. The objective of mediation is resolving disputes in such a way that is first of all peaceful and that yields the highest possible satisfaction for both parties. There are certain fundamental principles which need to be taken into consideration in order for mediation processes to succeed wholly. This article aims at shedding light on these principles and elucidating the controversial issues about mediation.

Keywords: *Mediation, fundamental principles, voluntariness, impartiality, self-determination confidentiality, informed consent, interests and concerns.*

EINLEITUNG

Das Konfliktlösungsverfahren „Mediation“, das den Mittelpunkt dieses Aufsatzes bildet, ist als Teil eines breiten Spektrums der „ADR“, zu betrachten. „ADR“, ist eine Abkürzung für Alternative Dispute Resolution und bezeichnet zum staatlichen Gerichtsverfahren alternative Streitbeilegungsmethoden^[1]. Bei diesen Methoden wird ein Ergebnis (es muss nicht rechtlich bindend sein) mit Hilfe einer Drittperson gefunden.

Mediation ist ein freiwilliges Verfahren, in dem Konfliktpartner mit Hilfe eines neutralen Dritten–des Mediators–versuchen, selbstbestimmte und von allen Parteien akzeptierte Problemlösungen zu finden. Im Gegensatz zum gerichtlichen Verfahren liegt das Ergebnis dieses Verfahrens allein in den Händen der Konfliktpartner. Der Mediator hat keine Entscheidungs- oder Vorschlagsbefugnis in der Sache^[2]. Die Mediation geht von der Idee aus, dass die Konfliktparteien eigentlich eine bessere Lösung für ihr Problem finden können als ein Vermittler.

Ein Mediationsverfahren basiert auf bestimmten Prinzipien, die für das Gelingen von Mediation förderlich sind. In verschiedenen Mediationsrichtungen und –stilen werden diese Prinzipien in unterschiedlicher Art und Weise bewertet und manche Abweichungen von dogmatisch „reiner“, Form des Grundsatzes sind möglich. Dazu sind gesetzliche Beschränkungen auf einzelne Prinzipien bei dem Versuch der Integration des Verfahrens in den Zivilprozess diskutiert. Eine andere Problemkonstellation ist das Mediationsverfahren, das im Zusammenhang mit einem bereits anhängigen Gerichtsverfahren stattfindet^[3]. Das Ziel dieser Arbeit ist es, die Grundsätze des Mediationsverfahrens darzustellen und diesbezügliche strittige Frage aufzuklären.

GRUNDSÄTZE DER MEDIATION

1. Freiwilligkeit

Die Freiwilligkeit der Parteien ist ein prägendes Element der Mediation und setzt voraus, dass die Parteien – auch die Mediatoren–ohne äußeren Zwang bereit sind, das Verfahren durchzuführen und es jederzeit ohne Nachteil beenden zu können. Das Prinzip der Freiwilligkeit findet im Grundsatz der Verfahrensherrschaft der Mediatoren seine Fortsetzung. Die Mediation ist ein

[1] v. Bargen, 13; Alexander/Ade/Olbrisch, 1.

[2] Hofmann/Rothfischer/Trossen, 120.

[3] v. Bargen, 17.

privatautonomes Streitsbeilegungsverfahren: Die Medianden wählen freiwillig einen Mediator aus, die Einladung Dritter zur Sachverhaltsklärung setzt das Einverständnis der Parteien voraus oder die Parteien können Verpflichtungen zur Vertraulichkeit einvernehmlich vereinbaren^[4].

Mit diesem Prinzip wird bezweckt, zwischen den Parteien eine möglichst offene Verhandlungsatmosphäre zu schaffen. Zudem erleichtert es, dass die Parteien selbst die Verantwortung für das Verfahren übernehmen. Ohne diese Gewährleistung fehlt es den Parteien an der nötigen Motivation, eine kreative und einvernehmliche Konfliktlösung zu finden^[5].

a) Beschränkungen auf die Freiwilligkeit

Im Freiwilligkeitsprinzip sind sich alle Rechtsdisziplinen im Kern einig. Jedoch reicht dieses Prinzip unterschiedlich weit und in nationalen Rechtssystemen gibt es eigene Abweichungen vom „Kerngedanke, der reinen Freiwilligkeit. Beispielsweise kann das Gesetz die Parteien zur Durchführung einer Mediation zwingen, indem mediationsablehnende Verhalten im Zusammenhang mit Gerichtsverfahren sanktioniert werden. Ein Beispiel für rechtlichen Zwang ist eine Kostenentscheidung des Gerichts, die von einer „beilegungsablehnenden, Partei berechnet werden soll. Daher hat die obsiegende Partei ohne guten Grund die Durchführung eines ADR-Verfahrens verweigert, trägt die Verfahrenskosten und unterliegende Partei in einem Gerichtsprozess^[6]. Hier kann auch eine Rechtsordnung in Betracht kommen, die Durchführung einer Mediation vor einem Gerichtsverfahren voraussetzt. Nämlich ist eine Klage im Gerichtsverfahren in geregelten Bereichen nur nach Mediationsversuch zulässig^[7].

Die oben genannten Situationen können als Beschränkungen auf Freiwilligkeit der Mediation bewertet werden (sog. Mediation-Paradox). Vor diesem Hintergrund kommt die Regelungsproblematik in Frage, ob ein Zwang zur freiwilligen Konfliktlösung stets nützlich ist. Die Pilotprojekte in England haben gezeigt, dass erzwungene Mediationen wenig Früchte tragen^[8]. Die Erfahrungen zur obligatorischen Güteverhandlung in Deutschland haben auch

[4] Hopt/Steffek, in: Hopt/Steffek (Hrsg.), 88.

[5] v. Barga, 18.

[6] Die englischen CPR sehen vor, dass die Verfahrensparteien verpflichtet sind, die Gerichte bei der einvernehmlichen Konfliktlösung zu unterstützen. Sollten die Parteien entgegen der ermutigenden Hinweise des Gerichts ein ADR-Verfahren ablehnen, müssen die mit Kostensaktionen rechnen. Siehe dazu: Rüssel, in: Haft/Schlieffen (Hrsg.), § 54 (S. 1278).

[7] z.B: Gem. § 15a Abs. 1 S. 1 EGZPO kann durch Landesgesetz bestimmt werden, dass die Erhebung der Klage erst zulässig ist, nachdem von einer durch die Landesjustizverwaltung eingerichteten oder anerkannten Gütestelle versucht worden ist, die Streitigkeit einvernehmlich beizulegen.

[8] Hopt/Steffek, in: Hopt/Steffek (Hrsg.), 88.

gleiche Ergebnisse, dass ein Zwang zur Beilegung nur in sehr wenigen Fällen zum Erfolg führt^[9].

Möglicherweise bietet sich für das Spannungsverhältnis zwischen Freiwilligkeit, Steuerung und Rechtsgewährung aber ein Mittelweg an. Durch gezielte Anreize zur Mediation kann man eine ähnliche Verhaltenssteuerung erreichen wie durch zwingende Normen. Die finanziellen Anreize in Österreich anstelle einer zwingenden Zulassungslösung ist dafür nur ein Beispiel^[10].

Die einige faktische und emotionale Problemsituationen kommen in einzelnen Fällen auch bei der Entscheidungsfreiheit der Parteien in Betracht: Im Zivilprozess haben Richter die unterschiedlichsten Möglichkeiten, die Parteien zu einem außergerichtlichen Streitbeilegung zu bewegen. Der Richter kann im streitigen Verfahren mit seiner Autorität eine Mediation vorschlagen^[11]. Hier lässt sich zumindest eine erhöhte Gefahr feststellen, dass eine Partei mit der Mediation einverstanden ist, weil sie meinte, einen Nachteil befürchten zu müssen, wenn sie das Mediationsangebot ablehnen würde. Und eine Vereinbarung zum Verfahrensende kann beispielsweise der Motivation entspringen, den Richter nicht verärgern zu wollen, um ein als fair empfundenenes Verfahren nicht zu entwerten^[12]. Eine solche Gefahr besteht auch beim Täter-Opfer-Ausgleich im Strafverfahren. Durch den Druck des drohenden Strafverfahrens wird die Freiwilligkeit des Täters bereits eingeschränkt^[13].

Bei diesen Konstellationen können zahlreichen Einflüsse festgesetzt werden, welche die Entscheidungsfreiheit der Parteien beeinträchtigen. Allerdings ist es sehr schwierig, die Grenze festzulegen, ob der eine Partei gerade noch freiwillig genug handelt. Deswegen müssen die Richter bei der Mediation im Kontext der Gerichte darauf achten, welchen Einflüssen die Parteien ausgesetzt werden dürfen und welche von ihnen zurückgehalten werden müssen, damit das Freiwilligkeitsprinzip der Mediation gewährleistet bleibt^[14].

Solche faktische Unfreiwilligkeit kann auch vorliegen, wenn eine der Parteien so stark ist und damit in der Lage ist, die Bedingungen der Verhandlungen zu diktieren. Hier hat der Mediator eine wichtige Aufgabe, solche Ungleichgewichtigkeiten auszubalancieren. Sonst wäre eine erfolgreiche Konfliktaufarbeitung und wertschöpfende, zukunftsorientierte Konfliktlösung blockiert^[15].

[9] Feix, 135; Cimmino, 114.

[10] Für die Anreize zur Mediation in Österreich siehe: Roth/Gherdane in: Hopt/Steffek (Hrsg.), 118 ff.

[11] Vgl. die Möglichkeit des richterlichen Hinweises in § 278 Abs. 5 S. 2 ZPO.

[12] v. Barga, 20.

[13] Kracht, in: Haft/Schlieffen (Hrsg.), § 12 Rn. 101-102 (S. 284, 285).

[14] v. Barga, 21.

[15] Kracht, in: Haft/Schlieffen (Hrsg.), § 12 Rn. 100 (S. 284).

2. Neutralität

Die Neutralität des Mediators kann als „Herz der Mediation,“ bezeichnet werden, weil sie für seine Rolle und seine Aufgaben eine fundamentale Bedeutung hat. Man kann die Neutralität sowohl als Prinzip der Mediation als auch die Aufgabe des Mediators akzeptieren. Die Hauptquelle der Autorität eines Mediators ist die Neutralität. Der Mediator muss auch jeden Anschein vermeiden, der seine Unparteilichkeit beschädigen kann. Sobald eine Partei das Gefühl hat, benachteiligt worden zu sein, ist der dauerhafte Erfolg einer Mediation gefährdet und der Mediator verliert an Ansehen. Und dies kann im ungünstigsten Fälle sogar wegen parteiischer Verhaltung und nachteiliges Ergebnisses zu einer Regressforderung gegen den Mediator führen^[16].

Die ethische Einstellung oder auch die Haltung des Mediators ist hier die zentrale Frage. Wann dürfen Mediatoren wie eingreifen, um das Verfahren zu einem guten Ausgang zu führen? Was bedeutet und was erlaubt seine Führungsrolle? Hier gibt es keine festen Normen oder abstrakten Oberbegriffe. Die Vermeidung jeglicher persönlicher Voreingenommenheit und unparteiliche Verhandlungsführung könnten beste Lösungen für ein Mediator.

Der Ausgangspunkt der Neutralitätspflicht ist die dem Verfahren zugrunde liegende Vereinbarung. Dementsprechend muss sich der Mediator neutral verhalten. Die Neutralitätspflicht des Mediators besteht aus zwei Komponenten. Auf der einen Seite steht die persönliche Neutralität des Mediators, auf der anderen Seite seine Neutralität im Hinblick auf das Verfahren^[17].

a) Persönliche Neutralität

Persönliche Neutralität umfasst in erster Linie die Unabhängigkeit von den Konfliktparteien und auch vom Streitgegenstand. In diesem Zusammenhang darf er nicht in persönlicher oder finanzieller Abhängigkeit zu einer Partei stehen und sollte keine zu starke Nähebeziehung zu einer Partei haben. Neutralität bedeutet vor allem, dass der Mediator nicht selbst in den Konflikt involviert ist und kein eigenes Interesse und keine eigene Betroffenheit in diesem Konflikt hat^[18].

b) Verfahrensneutralität

Die zweite Komponente bezieht sich auf das Verhalten des Mediators bzw. die Verfahrensführung des Mediators in der Mediation. Obwohl er keine

[16] Weiler/Schlickum, 9,10.

[17] Kracht, in: Haft/Schlieffen (Hrsg.), § 12 Rn. 25 (S. 272).

[18] Montada/Kals, 45 ff.; Beispiele für die „*persönliche Neutralität*“ siehe: Kracht, in: Haft/Schlieffen (Hrsg.), §12 (S. 272).

materielle Beurteilungskompetenz hat, entscheidet ein Mediator über Verfahrensfragen in einem Mediationsverfahren. Die Bestimmung einer Verfahrensneutralität ist heftig diskutiert und wird von den Autoren in der Doktrin variantenreich interpretiert. Ausgangspunkt der Frage nach der Verfahrensneutralität ist immer der Grad der zulässigen Einflussnahme des Mediators auf das Verfahren und Ergebnis. Die Forderungen an das Verhalten des Mediators reichen von totaler Zurückhaltung bis hin zu kompletter Überwachung des Ergebnisses und intensiver Intervention durch den Mediator^[19].

Kracht vertritt die Meinung, dass ein Mediator sich nur in dem von den Parteien vorgegebenen Rahmen des Mediationsvertrages bewegen solle. Danach habe der Mediator eine neutrale Stellung und er müsse alle in seiner Person liegenden möglichen Gefährdungen für diese Neutralität ausschließen. Dies bedeutet für ihn, dass nur die im Mediationsvertrag festgelegten Kriterien als Entscheidungsmaßstab—ähnlich wie der Richter das Gesetz—berücksichtigt werden^[20].

Montada/Kals sehen eine weitere Aufgabe des Mediators darin, die Parteien in manchen Situationen zu unterstützen, um eine konstruktive, nachhaltige Konfliktlösung zu finden. Eine solche Unterstützung stehe nicht im Gegensatz zu Neutralität, weil sie letztlich allen Konfliktparteien zugutekomme, um das gemeinsam angestrebte Ziel zu erreichen^[21].

Einige Autoren schlagen die „Allparteilichkeit“, statt „Neutralität“, vor. Demnach ist die Aufgabe eines Mediators, gegenseitiges Verstehen zwischen den Parteien zu fördern und auf eine faire Vereinbarung aktiv unterstützend hinzuwirken. Ein Mediator—als Führer des Verfahrens—könnte Partei für das vereinbarte Verfahren ergreifen. Aber diese Unterstützung muss nicht einseitig sondern grundsätzlich allseitig sein, damit eine nachhaltig befriedende Vereinbarung zwischen den Parteien erfolgen kann^[22].

Kracht widersteht begrifflicher Nutzung der „Allparteilichkeit,“. Er erklärt sein Hauptargument: „Wenn der Mediator zugunsten einer Partei eingreift, sich aber im Rahmen der Vereinbarung bewegt und demnach der richtige Entscheidungsmaßstab angelegt wurde, bleibt der Mediator neutral. Materiell entspricht dies dem Neutralitätsbegriff, wie er von fast allen Autoren vertreten wird. Um hier Begriffsverwirrungen vorzubeugen, sollte der rechtlich klarere Begriff der Neutralität verwendet werden,“^[23].

[19] v. Barga, 22,23.

[20] Kracht, in: Haft/Schlieffen (Hrsg.), § 12 Rn. 22 (S. 271).

[21] Montada/Kals, 46, 47.

[22] Montada/Kals, S. 46, 47.

[23] Kracht, in: Haft/Schlieffen (Hrsg.), § 12 Rn. 24 (S. 272).

Wie auch schon Schlieffen sagte: “Man ergreift Partei, aber bleibt neutral! Dieses Paradox gelingt nur unter Anleitung und Kontrolle,“^[24].

Vor allen Dingen ist die Verfahrenskontrolle des Mediators in einer Mediation unbestritten. Diese Kontrolle über das Verfahren ermöglichen einem Mediator manigfaltige Einflussmöglichkeiten, die sich durchaus auf die Ergebnisse auswirken, z. B. die Gewichtung von Themen und Lösungsmöglichkeiten oder wertende Darstellungen in den Sitzungsprotokollen. Neutralität bedeutet nicht, dass der Mediator sich auf jeder Stufe heraushalten muss. Er sollte versuchen, die Anliegen und Sichtweisen aller Parteien zu verstehen und gegenseitiges Verständnis zu entwickeln. Wenn nötig sollte er den Parteien helfen, ihre Anliegen zu begründen und zu äußern. Das heißt nicht, dass er inhaltlich “Partei ergreifen,“ muss. Er sollte das mit unparteilichen Kommunikationstrategien zum richtigen Verstehen tun, z. B. aktives Zuhören, Reformulierungen der Artikulations- und Argumentationsoptionen. Hier verhält er sich als ein “Klärungshilfer,“ für eine nachhaltige Beilegung^[25].

In einem Mediationsverfahren ist auch möglich, deutlichen Ungleichheiten zwischen den Konfliktparteien zu begegnen, z. B. Status, positionale Macht, materielle Ressourcen, Konflikterfahrung, Popularität usw. Solche Ungleichheiten dürften ein Risiko für ein faires Verfahren und Ergebnis darstellen. Daher ist es Aufgabe eines Mediators, auf die Risiken von Ungleichheiten zu verweisen und Machtungleichgewicht zu kompensieren. Der Mediator sollte am Anfang des Verfahrens bereit erklären, sich um Ausgleich solcher Ungleichheiten zu bemühen, damit solche Maßnahmen nicht als parteiisch, sondern als pflichtgemäß verstanden werden^[26].

c) Die Gewährleistung der Neutralität des Mediators

Es bleibt noch die offene Frage, wie die Neutralität eines Mediators gewährleistet wird. Sobald auch nur eine Partei den Mediator als parteiisch beurteilt, muss dieser ausscheiden^[27]. Die Ausschlussgründe eines Mediators können sein: Eine persönliche Nähebeziehung zu einer der Parteien, ein eigenes Interesse am Ausgang des Verfahrens, die Vertretung einer der Parteien in derselben Sache, die Mitwirkung in derselben Sache als Sachverständiger oder Zeuge, Vertretung bestimmter Meinungen bereits in der Öffentlichkeit, die auch Gegenstand des Verfahrens sind, Vorvertretung einer Partei (wenn auch in einer anderen Sache) usw. Diese Kriterien sind nur beispielhaft. Andere sind auch denkbar. Nimmt

[24] v. Schlieffen, ZKM 3 (2000), S. 52 (53).

[25] Montada/Kals, 47.

[26] Für betreffende Beispiele siehe dazu: Montada/Kals, 47,48.

[27] Kracht, in: Haft/Schlieffen (Hrsg.), § 12 Rn. 33 (S. 273).

der Mediator das Verfahren trotz eines Ausschlussgrunds an, begegnet er in der Zukunft möglicherweise einer Regressforderung.

Vor Einleitung des Verfahrens muss der Mediator auch selbst die Angelegenheit unter Neutralitätsgesichtspunkten prüfen und wenn er einen Ausschlussgrund feststellt, sollte er das Verfahren nicht durchführen. Die Ausschlussgründe können sich auch während eines Verfahrens ergeben. Immer wenn der Mediator seine Neutralität durch neue Entwicklungen im Zusammenhang mit der jeweiligen Mediation gefährdet sieht, sollte er ausscheiden. Ist Mediator dann nicht kraft Gesetzes ausgeschlossen (insbesondere wenn ein Mediationsgesetz nicht gibt), sollte er trotzdem zurücktreten.

Hier bleibt noch eine Frage zu klären: Wonach werden Ausschlussgründe für Mediatoren genau bestimmt? Sollten die schon gesetzlich festgestellte Ausschlußgründe für eine berufliche Gruppe, z.B. Richter, Notar, auch für die Mediatoren gelten?

Kracht vertritt die folgende Meinung: Sind Gründe vorhanden, die einen gesetzlichen Ausschlussgrund für einen Richter darstellen oder eine Ablehnung des Richters wegen Besorgnis der Befangenheit rechtfertigen würden, besteht in der Regel auch eine Kollision mit der Neutralitätspflicht des Mediators^[28]. Wichtig ist in diesem Zusammenhang, dass dann auch ein Einverständnis der Parteien eine neutrale Verfahrensführung durch den Mediator nicht sicherstellen kann. Von den „Unvereinbarkeiten“, würde ein Mediator unbewusst betroffen sein und der Erfolg der Mediation wird gefährdet^[29].

Andere vertreten die Meinung, man solle für die Neutralitätsgewährleistung des Mediators die für den Notar geltenden Ausschlussgründe heranziehen^[30]. Nach dieser Meinung solle der Mediator auch nicht mitwirken, wenn dem Notar eine Mitwirkung untersagt ist.

Sicher haben die oben genannten gesetzlichen Regelungen keine direkte Geltung für den Mediator. Aber die Neutralität des Mediators ist allgemein im Mediationsvertrag^[31] festgeschrieben, wonach der Mediator in gleicher Weise unparteilich ist, wie die Gesetze dies von einem Richter oder Notar verlangen. Nämlich sollte ein Mediationsvertrag die Grundregeln—wie Neutralität des Mediators—enthalten, die in jeder Mediation bestehen müssen. Ist der Mediator nicht unparteilich, so hat er damit den Mediationsvertrag verletzt.

[28] Vgl. dazu: ZPO §§ 41,42

[29] Kracht, in: Haft/Schlieffen (Hrsg.), § 12 Rn. 37 ff. (S. 274, 275).

[30] Stumpp, ZKM, 3 (2000), S. 34 (34 ff).

[31] Der Mediationsvertrag ist eine Vereinbarung zwischen den Parteien und dem Mediator. Er weist Zweck und Umfang der Mediation aus und regelt den Ablauf des Verfahrens.

3. Selbstverantwortlichkeit

Mediation hat das Ziel, eine selbstbestimmte Konfliktbearbeitung und Entscheidungsfindung zu ermöglichen. Dementsprechend müssen die Medianten selbst verhandeln, selbst entscheiden und das Ergebnis selbst verantworten. Die Entscheidungs- und damit auch die Lösungsbefugnis wird nicht an eine dritte Autorität abgegeben. Die Parteien müssen die Konfliktlösung prinzipiell selbst erarbeiten. Die Aufgabe des Mediators ist grundsätzlich nur die Unterstützung der Parteien bei ihrer Verhandlung^[32].

Welche Handlungsbefugnisse ein Mediator hat, ohne die Eigenverantwortlichkeit der Parteien zu verletzen, ist allerdings in der Literatur umstritten. Hier stehen die Anhänger einer eher passiven Mediation den Anhängern einer aktiveren Mediation gegenüber. Insbesondere im Hinblick auf diese zwei problematischen Fragen haben die beiden Anhänger eine heftige Meinungsverschiedenheit: Darf der Mediator seine eigenen Lösungsvorschläge in die Verhandlung einbringen? Und sollte der Mediator die Einhaltung der rechtlichen Grenze einer Vereinbarung bzw. die Fairness des Ergebnisses überprüfen?

a) Die Lehre von der passiven und aktiven Mediation

Die Lehre von der passiven Mediation sieht vor, dass der Mediator jegliche Verantwortung für das Mediationsergebnis ablehnen muss und keinen eigenen Vorschlag in die Verhandlung einbringen darf. Solche Vorschläge würden nicht nur das Selbstverantwortlichkeitsprinzip, sondern auch die Neutralität des Mediators gefährden. Er enthält sich jeder inhaltlichen Einflussnahme auf das Verfahrensergebnis. Dementsprechend darf er niemals intervenieren, auch wenn einer Partei ein Nachteil entstehen würde, sie dies aber nicht bemerkt. Nach Meinung der passiven Mediation hat der Mediator keine Befugnis, die rechtliche Grenze der abschließenden Vereinbarung zu überprüfen und eine von ihm als rechtswidrig beurteilte Vereinbarung zu beanstanden. Gemäß des „Eigenverantwortlichkeitsprinzips“, dürfen die Parteien auch eine Vereinbarung jenseits des rechtlich Erlaubten schließen^[33].

Dagegen sieht die Lehre von der aktiven Mediation vor, dass ein Konsens um jeden Preis nicht hinnehmbar sei und man folglich den Erfolg einer Mediation nicht nur anhand der Einigung messen könne, unabhängig von ihrem Inhalt. Der Mediator müsse eine aktive Rolle spielen, um möglichst alle am Verfahren Interessierten herauszufinden. Dementsprechend dürfe er

[32] Alexander/Ade/Olbrisch, 78.

[33] Kracht, in: Haft/Schlieffen (Hrsg.), § 12 Rn. 103 ff. (S. 285 ff.).

auch inhaltliche Vorschläge in das Verfahren einbringen. Dabei sei er für den rechtlichen Bestand des Ergebnisses verantwortlich^[34].

b) Spannungsverhältnis zwischen der passiven und aktiven Mediation

Die von der passiven Mediationslehre vertretene Argumentation, dass der Vorschlag des Mediators eine Gefahr für Selbstverantwortlichkeit sei, kann in vielerlei Hinsicht kritisiert werden. Zunächst werden Mediationen nachgefragt, wenn die Parteien Strukturierung und Orientierungshilfe benötigen, und wenn sie keine tragfähigen oder kreativen Lösungsoptionen sehen. Oder die Parteien haben ihr gegenseitiges Misstrauen noch nicht überwunden und beurteilen alle von der Gegenseite generierten Optionen mit Misstrauen. Dann können Mediatoren—als neutral Dritter—die kreative Ideensammlung erst ermöglichen. In all diesen Fällen ist aktive Mediation zu empfehlen. Die Mediatoren sollten dafür sorgen, dass mehrere Optionen für die Beilegung des Konflikts erarbeitet werden. Je mehr Vorschläge generiert werden, desto eher ist einer zu finden, der für einen Konsens geeignet ist^[35].

Außerdem werden alle Vorschläge in der nachfolgenden Phase von den Parteien selbst bewertet und erarbeitet. Solange den Parteien Spielraum für eine eigene Entscheidung verbleibt und sie sich den Vorschlag nach sorgfältiger Prüfung zu eigen machen, liegt nach hier vertretener Auffassung kein Verstoß gegen das Prinzip der Selbstverantwortlichkeit vor. Der Mediator muss auch darauf achten, dass sein Vorschlag von den Parteien als neutral akzeptiert wird. Dafür muss er den Parteien die zugrunde liegende Motive offenlegen und alle Vor- und Nachteile für alle Parteien darstellen^[36].

Der Mediator muss hier sicher sein, dass die Parteien nicht unter dem Druck der Autorität des Mediators stehen und den Vorschlag ganz freiwillig überdenken können. Jede Form direkter, autoritativer, suggestiver oder drängender Einflussnahme des Mediators würde das Eigenverantwortlichkeitsprinzip verletzen^[37]. Hier ist noch auf einen anderen wichtigen Punkt insofern hinzuweisen, dass der Vorschlag des Mediators nicht als Erarbeitung eines bestimmten Ergebnisses, sondern nur als eine Option für das Ergebnis wahrgenommen werden sollte. Wie von Schlieffen gesagt hat: “Der Mediator unterstützt die Suche nach einer Lösung, aber arbeitet nicht auf ein bestimmtes Ergebnis hin,^[38]”

[34] Kracht, in: Haft/Schlieffen (Hrsg.), § 12 Rn. 104 ff. (S. 285 ff.).

[35] Montada/Kals, 50 ff.

[36] Kracht, in: Haft/Schlieffen (Hrsg.), § 12 Rn. 106, 107 (S. 286).

[37] Montada/Kals, 51.

[38] v. Schlieffen, ZKM 3 (2000), S. 52 (53).

Eine andere Frage ist, ob der Mediator die rechtliche Grenze der abschließenden Vereinbarung und die Fairness–oder Gerechtigkeit–des Ergebnisses überprüfen soll. N. h. M. dürfte indes zu weit gehen, dem Mediator eine solche Verantwortung zuzuschreiben. Seine Aufgabe ist nicht, ein rechtlich nicht haltbares Ergebnis zu verhindern. Seine Aufgabe ist es vielmehr–wie die aktive Mediation vorsieht –, die Parteien auf kritische Punkte hinzuweisen, zu warnen und die Konsequenzen einer solchen Vereinbarung zu erörtern. Ist er dazu nicht befugt oder gar nicht in der Lage, sollte er die Parteien darauf hinweisen, dass eine rechtliche Überprüfung der Vereinbarung sinnvoll ist, z. B. durch externe Anwälte. Kann der Mediator die Parteien von seinen Argumentationen nicht überzeugen, hat er als letzte Möglichkeit, das Verfahren abzubrechen^[39].

Ein ähnliches Problem ergibt sich für den Mediator dann, wenn ein Ergebnis aus der Sicht einer Partei im Nachhinein als ungerecht wahrgenommen wird. Auch hier könnte einziges Korrektiv die aktive Mediation sein. Der Mediator sollte auf das Gerechtigkeitsproblem hinweisen. Entschließen sich die Parteien gleichwohl für ein aus der Sicht des Mediators „ungerechtes„ Ergebnis, ist dies letztlich Ausdruck ihrer Selbstverantwortlichkeit. Für den Fall, dass der Mediator das gefundene Ergebnis niemals mittragen kann, sollte er das Verfahren abbrechen. Sonst riskiert er nicht nur seine Neutralität, sondern auch den Erfolg des Verfahrens^[40]. Allerdings ist es ganz schwierig–außerhalb der Fälle, in denen eindeutig unfaire Ergebnisse bezweckt werden –, eine allgemein gültige Regel zu bestimmen, in welchen Situationen der Mediator ausgleichend mitwirken und anhand welchen Maßstabes er eine solche Entscheidung treffen sollte^[41].

Zum Schluß ist anzumerken, dass Ziel einer Mediation ist es, den Konflikt nach Maßgabe der Beteiligten zu lösen. Deshalb soll die Autonomie der Parteien gewährleistet werden. Wie von Schlieffen erklärt hat: „Autonom ist, wer sich selbst sein Gesetz gibt. In der Mediation sind deshalb die Parteien in ihrer Gesamtheit der Gesetzgeber für ihre eigene Angelegenheit.“^[42]. In diesem Zusammenhang sind die Parteien für das Ergebnis letztlich selbst verantwortlich. Der Mediator sollte die Parteien auf das Rechts- und Gerechtigkeitsproblem hinweisen, aber nicht noch mehr.

4. Vertraulichkeit

Ein weiteres grundlegendes Prinzip des Mediationsverfahrens ist die Vertraulichkeit. Der Erfolg der Mediation hängt entscheidend davon ab, ob die

[39] Kracht, in: Haft/Schlieffen (Hrsg.), § 12 Rn. 110, 111 (S. 287).

[40] Kracht, in: Haft/Schlieffen (Hrsg.), § 12 Rn. 112, 113 (S. 287).

[41] v. Bargen, 29.

[42] v. Schlieffen, ZKM 3 (2000), S. 52 (52).

Informationen, die während des Mediationsprozesses preisgegeben werden, vor Missbrauch geschützt sind. Dies ist besonders für den Fall des Scheiterns der Mediation bedeutsam. Die Parteien sollen sicher sein können, dass keine unerwünschten Informationen nach außen getragen werden, insbesondere nicht in einem nachfolgenden Prozess gegen die offenbarende Partei verwendet werden. Ohne dies besteht die Gefahr, dass die Parteien im Mediationsverfahren die für die einvernehmliche Konfliktlösung notwendigen Informationen zurückhalten und damit die Mediation scheitert^[43].

Der erste Merkmal der Vertraulichkeit ergibt sich daraus, dass das Mediationsverfahren—im Unterschied zum Prozess—in allen Rechtssystemen als nicht öffentliches Verfahren geordnet ist. Aber der Ausschluss der Öffentlichkeit garantiert allein nicht, dass die Informationen, die im Rahmen der Mediation offenbart worden sind, nunmehr gegen die offenbarende Partei in einem nachfolgenden Prozess nicht verwendet werden können^[44]. Hier ist es Aufgabe des Mediators, das Vertrauen der Parteien zueinander, aber auch zu ihm sicherzustellen. Um ein solches Vertrauen möglich zu machen und zu schützen, ist es wichtig, dass der Mediator selbst zur Verschwiegenheit verpflichtet ist und über alle im Verfahren erlangten Informationen Stillschweigen bewahren muss. In diesem Zusammenhang darf er Informationen, die eine der Parteien ihm als vertraulich mitgeteilt hat, ohne Genehmigung an andere Parteien nicht weitergeben^[45].

Besonders wichtig ist die Vertraulichkeit, wenn der Mediator ein Einzelgespräch mit jeweils einer Seite führt, um die verschiedenen Interessenssphären der Parteien besser zu kennen. In einem Einzelgespräch erlangten Informationen stehen immer unter dem Schutz der Vertraulichkeit. Der Mediator ist verpflichtet, solche Informationen nicht nur gegenüber der Außenwelt, sondern auch gegenüber den anderen Beteiligten zu bewahren^[46].

Hier gibt es eine zu klärende Frage, nämlich, inwieweit Vertraulichkeit tatsächlich gewährleistet werden sollte. Im Wesentlichen herrscht Konsens darüber, dass der Vertraulichkeit zwischen den Parteien nur diejenige Informationen unterliegen, die der anderen Partei nicht bereits bekannt sind oder auch anderweitig ohne das Mediationsverfahren nicht zugänglich sind^[47].

Beim Umfang des Vertraulichkeitsprinzips könnten zwei unterschiedliche Fallkonstellationen unterschieden werden. Die Lage in einem Verfahren mit nur wenigen Beteiligten—wie Familienmediation—ist anders in einem

[43] Hopt/Steffek, in: Hopt/Steffek (Hrsg.), 39,40; Weiler/Schlickum, 8.

[44] Hopt/Steffek, in: Hopt/Steffek (Hrsg.), 40.

[45] Kracht, in: Haft/Schlieffen (Hrsg.), § 12 Rn. 120, 121 (S. 289); Weiler/Schlickum, 11,12.

[46] Kracht, in: Haft/Schlieffen (Hrsg.), § 12 Rn. 121 (S. 289).

[47] v. Barga, 41.

Großverfahren—wie das Verfahren im öffentlichen Bereich -. Ein Großverfahren findet unter Teilnahme vieler Interessengruppen, zuständiger Behörden, der Industrie- und Handelskammer und zumindest teilweise unter Beobachtung durch die Öffentlichkeit statt. Und die öffentlichen bekannten Informationen unterfallen grundsätzlich nicht dem Vertraulichkeitsgebot. Dementsprechend dürfte das Prinzip der Vertraulichkeit beim öffentlichen großen Verfahren im Verhältnis der Parteien zueinander eine geringere Bedeutung haben. Aber es gilt im Verhältnis zwischen den Parteien und dem Mediator uneingeschränkt. In jedem Fall ist die Vertraulichkeit auch in solchen Verfahren unbedingt zu beachten^[48].

a) Die Gewährleistung der Vertraulichkeit

Grundlage der Vertraulichkeit ist der Mediationsvertrag. Es werden die Verantwortlichkeiten von Mediator und Parteien offengelegt, er regelt verbindlich die Geschäftsbeziehung zwischen Mediator / Parteien und schafft überdies Klarheit betreffend Haftungsfragen. Meistens wird in ihm ausdrücklich festgelegt, dass alle an der Mediation Beteiligten sich zur Vertraulichkeit verpflichten. Auch kann der Grundsatz der Vertraulichkeit in einem Staat durch ein Mediationsgesetz schon gewährleistet sein^[49].

Hier ist die Frage, was passiert ist, wenn die Vertraulichkeit nicht ausdrücklich festgelegt ist. Wie Hartmann berechtigterweise bestimmt hat, dass in solcher Situation doch dafür eine stillschweigende Vereinbarung anerkannt werden sollte. Denn der Grundsatz der Vertraulichkeit ist unbestritten ein tragender Grundsatz der Mediation. Indem die Parteien und Mediator das Mediationsverfahren vereinbaren, erklären sie zugleich, dass sie mit diesem Prinzip verbunden sind. Damit liegt regelmäßig eine stillschweigende Absprache von Vertraulichkeit vor. Auf jeden Fall sollten drei Regelungen durch die Auslegung des hypothetischen oder konkludenten Willens der Parteien angenommen werden, wenn eine nähere Definition der Parteien fehlt^[50]:

-Unerwünschte Informationen werden nicht in einem nachfolgenden Prozess gegen die offenbarende Partei verwendet.

- Der Mediator muss solche Informationen gegenüber der Außenwelt bewahren.

-Und der Mediator darf nicht in Einzelgesprächen erlangte Informationen ohne Genehmigung gegenüber den anderen Parteien offenbaren.

[48] Hartmann, in: Haft/Schlieffen (Hrsg.), § 44 Rn. 7 (S. 1090).

[49] z.B. §§ 4, 5 des türkischen Mediationsgesetzentwurfs gewährt den Vertraulichkeitsgrundsatz.

[50] Hartmann, in: Haft/Schlieffen (Hrsg.), § 44 Rn. 22 (S.1099).

Die Bemühungen zur Sicherung der Vertraulichkeit betreffen die an einer Mediation Beteiligten in unterschiedlicher Weise. Nachfolgend werden zunächst die Wahrung der Vertraulichkeit durch den Mediator und dann durch Konfliktparteien behandelt.

aa) Die Wahrung der Vertraulichkeit durch den Mediator: Um das Vertrauen in einer Mediation sicherzustellen, ist es ganz wichtig, dass der Mediator selbst zur Verschwiegenheit verpflichtet ist. Die Verschwiegenheit ist sowohl ein Grundsatz der Mediation als auch eine Aufgabe des Mediators. Das Vertrauen der Parteien auf die Verschwiegenheit ist nötig, damit sie sich öffnen und die erforderlichen Informationen im Verfahren geben können. Der Erfolg der Mediation hängt meistens davon ab. Deshalb muss der Mediator über alle im Verfahren erlangten Informationen gegenüber Dritten Stillschweigen bewahren. Und er darf in Einzelgesprächen erlangte Informationen ohne Genehmigung auch nicht gegenüber den anderen Parteien offenbaren^[51].

Die Quelle der Verschwiegenheitspflicht des Mediators kann sowohl eine Vertraulichkeitsvereinbarung zwischen den Parteien und dem Mediator, als auch eine gesetzliche Bestimmung sein. Im Verhältnis zum Mediator wird oft vereinbart, dass er verpflichtet ist, keine Informationen aus dem Mediationsverfahren ohne Zustimmung der Parteien weiterzugeben. Wie oben dargelegt, kann eine solche Abrede sowohl ausdrücklich als auch stillschweigend formuliert werden^[52]. Denn diese Aufgabe kommt aus der Natur des Mediationsvertrags. Beim Abschließen der Mediation verpflichten sich alle Beteiligten, die Grundsätze zu berücksichtigen. Und Verschwiegenheit des Mediators gehört zu den Grundprinzipien der Mediation. Diese Auslegung ist durch Sinn und Zweck der Mediation gedeckt. Eine ausdrückliche Formulierung könnte jedoch auf jeden Fall sinnvoll sein, um den Rahmen und Bestimmungen dieser Aufgabe besser zu klären.

Die Verschwiegenheitspflicht sollte auch in das Mediationsverfahren einbezogenen Dritter umfassen, z. B. Sachverständiger, Rechtsberater^[53].

bb) Die Wahrung der Vertraulichkeit durch die Parteien: Indem die Parteien sich des Mediationsverfahrens bedienen, akzeptieren sie zugleich, dies in Übereinstimmung mit den tragenden Grundsätzen zu tun. Die Parteien sollten verpflichtet werden, über alle in der Mediation erlangten Informationen gegenüber Dritten Stillschweigen zu bewahren und diese nicht in einem nachfolgenden Schieds- oder Gerichtsverfahren zu nutzen. Diese Pflicht bezieht sich nicht auf Tatsachen, die auch ohne Mediation beschaffbar und beweisbar sind^[54].

[51] Cornelius, 62,63; Hartmann, in: Haft/Schlieffen (Hrsg.), § 44 Rn. 22 (S. 1099).

[52] Hartmann, in: Haft/Schlieffen (Hrsg.), § 44 Rn. 22 ff. (S. 1099-1100).

[53] Hopt/Steffek, in: Hopt/Steffek (Hrsg.), 40.

[54] Mähler/Mähler, ZKM 1 (2001), S. 4 (4,6).

Außerdem sollten die Parteien verpflichtet sein, auf die Nutzung der Beweismittel, die erst durch die Mediation ermöglicht und erlangt werden, in einem nachfolgenden Schieds- oder Gerichtsverfahren zu verzichten. Dies bezieht sich einerseits auf Urkunden, andererseits aber auch auf die Benennung des Mediators, der Parteien selbst oder sonstiger an der Mediation Beteiligten als Zeugen. Damit sind Sachvortrag oder entsprechende Beweisangebote, die gegen die Vertraulichkeit verstoßen, unerheblich und bei einer Gerichtsentscheidung nicht zu berücksichtigen^[55].

Festzuhalten ist, dass sowohl vorhandene gesetzliche als auch vereinbarte Regelungen die Vertraulichkeit in der Mediation nicht gänzlich sichern kann.

Mähler/Mähler vertreten, dass die Beachtung des Reziprozitätsprinzips die beste Gewähr gegen den Missbrauch der in einer Mediation erlangten Informationen sei. Im Kern dieses Prinzips geht es darum, dass der Informationsgehalt, der in der Mediation hinzugewonnen wird, in etwa gleichgewichtig verteilt ist. Wenn jeder Konfliktpartner einen in etwa gleichgewichtigen Informationsstand habe, habe er gleichgewichtige Chancen und Risiken im gerichtlichen Verfahren. Und das könne insgesamt auf beiden Seiten den Missbrauch dämmen. Denn im gerichtlichen Verfahren gelte nun der Satz: Wie du mir, so ich dir.^[56]

Hingegen kritisiert Kracht diese Auffassung scharf. Seiner Meinung nach kann durch Reziprozitätsprinzips wegen der zwei Schwachstellen die Vertraulichkeit nicht sichergestellt werden: Zum einen setze sie voraus, dass erlangte Informationen in Bezug auf beiden Zeiten gleiches Gewicht haben. Zum anderen werde immer eine der Parteien die erste sein, die ihre Information offenbart. Die andere erfahrene Partei könne diese Situation zugunsten seiner Position außerhalb des Mediationsverfahrens verwenden. Deswegen sei die Vereinbarung einer Sanktion beste Möglichkeit für eine Partei, sich vor dieser Gefahr zu schützen^[57].

Meines Erachtens wäre die Fokussierung auf den Mediationsprozess selbst die beste Möglichkeit. Die Absicherung gegen den Missbrauch sollte lieber innerhalb des Mediationsverfahrens statt des gerichtlichen Verfahrens berücksichtigt werden. Der Mediator muss die Vor- und Nachteile der Informationsoffenbarung für die Parteien transparenter machen. Dadurch können die Parteien das Risiko einer Offenbarung mit den dadurch zu erreichenden positiven Effekten

[55] Hartmann, in: Haft/Schlieffen (Hrsg.), § 44 Rn. 32, 27 (S. 1101,1104).

[56] Mahler/Mähler, ZKM 1 (2001), S. 4 (10).

[57] Kracht, in: Haft/Schlieffen (Hrsg.), § 12 Rn. 133, 134 (S. 291).

abwägen^[58]. Außerdem sollten strenge Sanktionen für den Fall einer Verletzung der Vertraulichkeitsverpflichtung festgesetzt werden^[59].

5. Informiertheit

Der Grundsatz der Informiertheit wird zu den wesentlichen Prinzipien der Mediation gezählt. Gemeint ist damit, dass alle Parteien über alle den Streit betreffenden und damit entscheidungserhebliche Tatsachen und über die Rechtslage umfassend und ausgeglichen informiert sein müssen, um eine zukunftsorientierte Konfliktlösung zu finden. Eine Akzeptanz der Mediationsvereinbarung als fair und die Befriedung der Parteien in der Zukunft hängt meistens davon ab, ob die nötigen und richtigen Informationen erlangt werden. Eine Vereinbarung ohne Berücksichtigung dieses Prinzips wird im Nachhinein sehr wahrscheinlich nicht als fair empfunden und verliert seine befriedende Wirkung^[60].

Wie Mähler/Mähler berechtigterweise bestimmt hat, dass die Offenlegung häufig mit Offenheit verwechselt wird. Die Offenheit ist abhängig von der Beziehung zwischen den Parteien, daher vom gegenseitigen Vertrauen. Dadurch ist sie kein notwendiges Element des Mediationsverfahrens. Natürlich je mehr die Offenheit im Mediationsverfahren zunimmt, umso größer werden die Chancen für eine wertschöpfende Lösung. Deshalb ist die Offenheit zwar nicht notwendig, aber wünschenswert. Hingegen ist die Offenlegung entscheidungserheblicher Tatsachen notwendig, damit das Mediationsverfahren effizient weitergehen kann^[61].

Die Offenbarung aller entscheidungserheblichen Informationen hat Vor- und Nachteil für den offenbarenden Konfliktpartner. Der Vorteil ist, dass er mit der Offenbarung seiner interessenorientierten Informationen Möglichkeit hat, seine Interessen in der vertraglichen Vereinbarung zu stellen. Der Nachteil ist die Gefahr des Informationsmissbrauchs. Die Gegenseite kann die Informationen zu ihrem Vorteil–insbesondere in einem folgenden gerichtlichen Verfahren–nutzen. Und sogar ist auch möglich, dass eine Partei in Mediation tritt, nur erforderliche Informationen zu bekommen und sodann die im folgenden gerichtlichen Verfahren zu nutzen. Andere Gefahr wäre, dass der Mediator selbst die Informationen, die ihm vertraulich gegeben werden, weitergeben kann^[62].

[58] Vgl. v. Bargaen, 43.

[59] Im türkischen Mediationsgesetzentwurf ist der Vertraulichkeitsgrundsatz gem. § 33 strafbewehrt.

[60] Vgl. v. Bargaen, 43.

[61] Mähler/Mähler, ZKM 1 (2001), S. 4 (5).

[62] v. Bargaen, 35,36; Mähler/Mähler, ZKM 1 (2001), S. 4 (5).

Diese Gefahren können nur mit dem Vertraulichkeitsprinzip^[63] verhindert werden, das deshalb eine große Bedeutung hat.

Hier hat der Mediator eine wichtige Aufgabe, ein Klima der vertrauensvollen Zusammenarbeit zu schaffen und den Informationsfluss zwischen den Parteien zu gewährleisten. Der Informationsfluss umfasst sowohl Fach- und Rechtsauskünften als auch die für den Fall erheblichen tatsächlichen Fakten. Weitere Aufgabe des Mediators ist, dafür zu sorgen, dass alle Parteien alle Informationen bekommen. Hier steht ein Spannungsverhältnis zwischen der Informiertheits- und Neutralitätsaufgabe des Mediators. Bei der Weitergabe von Informationen muss der Mediator immer beachten, dass die Parteien die Auskünfte ausgeglichen bekommen und somit er seine Neutralität bewahrt^[64].

6. Interessen- und Zukunftsorientierung

In einem Gerichtsverfahren wird die Lösung nur am zurückliegenden Sachverhalt orientiert. Im Gegensatz zu einem gerichtlichen Prozess konzentriert sich Mediation auf die Interessen der Parteien. In einem Gerichtsverfahren würden die Parteien versuchen, den Richter von der Richtigkeit ihrer Positionen zu überzeugen. Dagegen werden in einem Mediationsverfahren die im Hintergrund von Positionen befindlichen Bedürfnisse und Interessen herausgearbeitet.^[65] Die Berücksichtigung aller relevanten–auch zukunftsbezogenen–Interessen der Parteien unabhängig von deren juristischer Subsumierbarkeit ist ein wichtiges Merkmal der Mediation^[66].

In der Mediation können die Parteien ihre wirklichen Interessen viel offener kommunizieren als in einem gerichtlichen Verfahren. Denn hat der Mediator keine Entscheidungsbefugnis. Die Parteien haben also keine Nachteile, wenn sie ihre Interessen offenbaren. Notwendig ist allerdings, dass die Informationen, die in das Verfahren eingebracht werden, vertraulich behandelt werden^[67].

Ein anderer Grundgedanke der Mediation ist die Zukunftsorientierung, die sich auf eine künftige tragfähige Vereinbarung zwischen den Medianten konzentriert. Demnach ist das Ziel in der Mediation nicht, Schuldfragen zu klären oder umfassende Ursachenforschung zu betreiben^[68].

[63] S. o. unter dem Titel „Vertraulichkeit“.

[64] Kracht, in: Haft/Schlieffen (Hrsg.), § 12 Rn. 116 ff. (S. 288).

[65] Haft, 246.

[66] Alexander/Ade/Olbrisch, 4.

[67] Schlicker/Luise, ZKM 3 (2009), S. 83 (83).

[68] Kraus, 65.

a) Darf die Vergangenheit ausgeklammert werden?

Es besteht kein Zweifel, dass Mediation ein zukunfts- und lösungsorientiertes Verfahren ist. Aber ist es kritisch zu überdenken, ob die alleinige Konzentration auf die Zukunft für eine nachhaltige Lösung jederzeit ausreichend ist.

In der Literatur wird häufig ausgedrückt, dass im Rahmen einer Mediation keine vergangenen Konfliktmuster aufgearbeitet werden. Zielsetzung ist es vielmehr, eine nachhaltige zukunftsorientierte Lösung zu finden^[69]. Der Mediator soll immer wieder für den Blick in die Zukunft sorgen. Sie seien verpflichtet, den Medianten bewusst zu machen, dass ihre Probleme in der Vergangenheit liegen, die nicht geändert werden kann^[70].

Aber eine gemeinsame Gestaltung der Zukunft setzt vielmehr die Klärung der Vergangenheit voraus^[71]. Weil auf der Grundlage der Konflikte steht, dass die Parteien sich in der Vergangenheit ungerecht behandelt (z. B. benachteiligt, ausgebeutet, geschädigt) fühlen. Und sie verlieren meistens das Vertrauen ineinander. Um das gegenseitige Vertrauen wieder aufzubauen, kann es sein, dass eine Bereinigung der Vergangenheit notwendig ist. Diese Bereinigung kann durch Eingestehen einer Ungerechtigkeit oder eine aufrichtige Bitte um Verzeihung erfolgen. Deswegen funktioniert der Mythos in der Mediation "Nicht in die Vergangenheit schauen, sondern nach vorne, nicht immer. Die Aufarbeitung der Konfliktvergangenheit ist häufig unumgänglich und stellt eine wichtige Ergänzung zu dem sonst zukunftsorientierten Verfahren dar^[72].

SCHLUSSBETRACHTUNG

"Die gemeinsame, auf der Basis gegenseitigen Verständnisses und der Anerkennung der Interessen des jeweils anderen beruhende, umfassende, und wertschöpfende Regelung einer Konfliktsituation, kann als Ziel des Mediationsverfahrens erklärt werden^[73]. Die oben genannte Grundsätze sind regelmäßig wichtigster Maßstab bei dem gegenseitigen Verständnisaufbau und der Lösungssuche in einem Mediationsverfahren^[74]. Diese Prinzipien haben innerhalb einer Mediation von Phase zu Phase unterschiedlich große Bedeutung. Die Beachtung dieser Prinzipien ist für die dauerhafte Befriedigung der Parteien besonders wichtig. Bei einer Nichtbeachtung dieser Grundsätze besteht die Gefahr, dass sich eine Partei benachteiligt fühlt oder sogar wirklich benachteiligt wird und das Mediationsverfahren ohne Lösung oder ohne tatsächliche Befriedigung bleibt^[75].

[69] Siehe dazu: Hammerl, in: Ferz (Hrsg.), 32.

[70] Weiler/Schlickum, 32.

[71] Müller/Schwartz, ZKM 5 (2005), S. 165 (165).

[72] Montada/Kals, 66-69.

[73] Alexander/Ade/Olbrisch, 75.

[74] Hammerl, in: Ferz (Hrsg.), 33.

[75] Kracht, in: Haft/Schlieffen (Hrsg.), § 12 Rn. 98 (S. 284).

LITERATURVERZEICHNIS

- Alexander Nadja / Ade Juliane / Olbrisch Constantin: *Mediation Schlichtung Verhandlungsmanagement*, Münster 2005.
- Bargen von Jan Malte: *Gerichtsinterne Mediation*, Tübingen 2008.
- Cimmino Désirée: *Das UNCITRAL-Modellgesetz über internationale ADR-Verfahren in Wirtschaftsstreitigkeiten*, Frankfurt 2008.
- Cornelius Jasmin: *Mediation und systemische Therapie*, Frankfurt am Main 2010.
- Feix Karina: *Die Verankerung einvernehmlicher Streitbeilegung im deutschen Zivilprozessrecht*, Bonn 2004.
- Gräfin von Schlieffen Katharina: *Propädeutikum*, in: Haft, Fritjof/Gräfin von Schlieffen, Katharina (Hrsg.), *Handbuch Mediation*, 2. Aufl., München 2009, § 1, 3-69.
- Hammerl Barbara: *Kooperation statt Konfrontation – neue Wege in der Lösung von Konflikten*, in: Ferz, Sascha (Hrsg.), *Rechtskultur- Streitkultur – Mediation*, Hamburg 2003, 29-39.
- Hartmann Christoph: *Sicherung der Vertraulichkeit*, in: Haft, Fritjof/Gräfin von Schlieffen, Katharina (Hrsg.), *Handbuch Mediation*, 2. Aufl., München 2009, § 44, 1087-1117.
- Hofmann Roland / Rothfischer Doris / Trossen Arthur: *Mediation. Die Grundlagen der Mediation in Theorie und Praxis*, 2. Aufl., Altenkirchen 2008.
- Kals Elisabeth / Montada Leo: *Mediation. Ein Lehrbuch auf psychologischer Grundlage*, 2. Aufl., Basel 2007.
- Klaus J. Hopt/FelixSteffek: *Mediation–Rechtsvergleich, Regelungsmodelle, Grundsatzprobleme*, in: Klaus J. Hopt / Felix Steffek (Hrsg.), *Mediation. Rechtstatsachen, Rechtsvergleich, Regelungen*, Tübingen 2008, Kapitel 1, 3-94.
- Kracht Stefan: *Rolle und Aufgabe des Mediators–Prinzipien der Mediation*, in: Haft Fritjof / Gräfin von Schlieffen Katharina (Hrsg.), *Handbuch Mediation*, 2. Aufl., München 2009, § 12, 267-292.
- Kraus Mario H.: *Mediation-Wie geht denn das?*, Paderborn 2005.
- Mähler Gisela / Mähler Hans-Georg: *Missbrauch von in der Mediation erlangten Informationen*, ZKM 1 (2001), 4-10.
- Müller Elke / Schwartz Hansjörg: *Vergangenheit in der Mediation. Ein Praxisbericht*, ZKM 5 (2005), 165-167.
- Roth Markus / Gherdane David: *Österreich*, in: Klaus J. Hopt / Felix Steffek (Hrsg.), *Mediation. Rechtstatsachen, Rechtsvergleich, Regelungen*, Tübingen 2008, Kapitel 2, 103-182.
- Rüssel Ulrike: *Mediation im übrigen Europa*, in: Haft Fritjof / Gräfin von Schlieffen Katharina (Hrsg.), *Handbuch Mediation*, 2. Aufl., München 2009, § 54, 1271-1296.
- Schlicker Graf / Luise Marie: *Die EU-Richtlinie zur Mediation zum Stand der Umsetzung*, ZKM 3 (2009), 83-87.
- Stumpp Hans Ulrich: *Die Sicherung der Unabhängigkeit des Mediators*, ZKM 3 (2000), 34-36.
- Weiler Eva / Schlickum Gunter: *Praxisbuch Mediation*, München 2008.