

sen habe. Dem Geschäftsführer sei er vor der Anfrage zur Mediation nie begegnet. Auch habe es nie Gespräche mit der Ehefrau über den Betrieb der X-GmbH gegeben.

Der Auftraggeber sowie die Parteien erklären in Kenntnis dieses Umstandes ausdrücklich ihre Zustimmung für die Durchführung der Mediation durch den Mediator, da sie seine Unabhängigkeit und Neutralität dadurch nicht beeinträchtigt sehen.

Ort, Datum, Unterschrift der Parteien, Auftraggeber, Mediator

Die Folgen der Verletzung der Offenbarungspflicht führen zur Nichtigkeit des 27 Mediationsvertrages nach § 134 BGB. Dem Mediator steht daher weder ein vertraglicher Anspruch auf sein Honorar zur Seite noch hat er wegen des Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot einen Anspruch auf Aufwendungsersatz nach §§ 683, 670 BGB.²⁹ Die Parteien können das bereits gezahlte Honorar nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen zurückverlangen.

II. Tätigkeitsverbote bei Vorbefassung oder nachfolgender Tätigkeit (§ 3 II–IV MedG)

In seinen Absätzen 2 bis 4 enthält § 3 Mediationsgesetz Tätigkeitsverbote für Media- 28 toren, wenn sie in derselben Sache bereits für eine Partei tätig gewesen sind, oder nach der Mediation für einen der Medianden in derselben Sache weiterhin tätig sein wollen. Dies fällt unter das Stichwort „Vor- und Nachbefassung“. Absatz 2 behandelt dabei den Fall, dass dieselbe Person zunächst als Mediator und dann anderweitig tätig ist (oder umgekehrt), während Absatz 3 grundsätzlich auch ein Tätigkeitsverbot normiert, wenn eine mit dem Mediator in Berufsausübungs- oder Bürogemeinschaft tätige Person einen der gerade genannten Tatbestände erfüllt. Absatz 4 sieht vor, dass lediglich in diesem Fall die Medianden einer weiteren Befassung oder eben einer nachfolgenden Mediation zustimmen können. Im Fall des Absatzes 2 ist das Tätigkeitsverbot „absolut“, das heißt, Ausnahmen sind nicht möglich, auch nicht mit Einwilligung der Medianden. Tätigkeiten für eine Partei können dabei z.B. ein Coaching, eine psychologische, steuerliche oder Unternehmens- Beratung oder eben eine anwaltliche Beratung oder Vertretung sein.

1. Sinn und Zweck der Regelung

Sinn der Regelung ist es, die Neutralität des Mediators zu sichern. Denn es wider- 29 spricht der Meinung des Gesetzgebers der Neutralität in besonderem Maße, wenn

²⁹ So auch Greger/Unberath § 3 Rn. 30.

ein Mediator vor oder nach der Mediation in derselben Sache für eine Partei tätig wird³⁰. Der Gesetzgeber hat ausweislich der Gesetzesbegründung vor allem den Fall der vorhergehenden oder nachfolgenden anwaltlichen Parteivertretung im Sinn, wenn er konstatiert, dass sich „Parteivertretung und Mediation“ ausschließen und die Parteien einem Mediator nicht die notwendige Offenheit entgegenbrächten, müssten sie befürchten, dass der Mediator nach einem Scheitern die Interessen der Gegenpartei vertrete und das in der Mediation erlangte Wissen zum Nachteil der anderen Partei nutze.

2. Entstehungsgeschichte, Verhältnis zum anwaltlichen Berufsrecht, bisherige Lage bei nichtanwaltlichen Mediatoren

30 Durch das Tätigkeitsverbot für Mediatoren wird sinngemäß das bereits existierende anwaltliche Vorbefassungsverbot, normiert in § 3 BORA und § 43 a Abs. IV BRAO auf sämtliche Mediatoren unabhängig von ihrem Grundberuf ausgedehnt³¹. Schon nach herrschender bisheriger Auslegung der berufsrechtlichen Normen, insbesondere des Verbots der widerstreitenden Interessenvertretung (§ 43 a IV BRAO), des Vorbefassungsverbots (§ 45 BRAO) und des Parteiverrats (§ 356 StGB) ist es einem anwaltlichen Mediatoren verboten, nach einer beendeten, „gescheiterten“ Mediation einen Medianden gegen den anderen zu vertreten und nach einer Beratung oder Vertretung eines Mandanten nachfolgend eine Mediation zu demselben Thema mit der anderen Partei durchzuführen³². Der letztere Fall war jedoch noch zu Beginn der Diskussion bei Aufkommen der Mediation für das anwaltliche Berufsrecht streitig³³ (s. ausführlich unten). Diese Regelungen der BRAO, bzw. BORA haben selbstverständlich auch weiterhin für anwaltliche Mediatoren Gültigkeit und treten neben das Mediationsgesetz³⁴, wobei das Mediationsgesetz hier *lex specialis*, das heißt das speziellere, also vorrangig gültige Gesetz ist³⁵.

31 **Nichtanwaltlichen Mediatoren** wurde bislang aus berufsethischer Sicht nahegelegt, im Falle der Vorbefassung eine Tätigkeit als Mediator abzulehnen, unabhängig von einem Einverständnis der Medianden³⁶. Begründet wurde dies vor allem auch damit, dass sich unterbewusst ein Widerstand eines Medianden durch das ge-

30 Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 17/5335, S. 16.

31 S. die Gesetzesbegründung S. 16, die zur Auslegung bestimmter Begriffe auf die Kommentierungen zu § 43 a IV BRAO zurückgreift; s.a. *Greger/Unberath* § 3 Rn. 46; *Fritz/Pielsticker* § 3 Rn. 39.

32 *Henssler/Prütting/Henssler* § 43a BRAO Rn. 179 unter Bezugnahme auf § 45 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 BRAO.

33 *Feuerich/Weyland/Vossebürger*, § 18 Rn. 4; *Holl*, § 18 Rn. 29.

34 *Greger/Unberath* § 1 Rn. 71.

35 *Greger/Unberath* § 3 Rn. 7.

36 *Haft/von Schlieffen/Kracht* § 15 Rn. 32ff.

samte Verfahren ziehen könne und damit der Erfolg der Mediation insgesamt gefährdet sei³⁷.

3. „In derselben Sache“

Grundsätzlich betrifft das Tätigkeitsverbot nur das tätig sein „in derselben Sache“. 32 Hiermit ist der zu Grunde liegende einheitliche Lebenssachverhalt gemeint³⁸. Allerdings reicht hier auch schon die teilweise Identität mit einem vergangenen Vorgang, ein „gemeinsamer Kern“³⁹. Unproblematisch sind also Fälle, denen ein anderer Lebenssachverhalt zu Grunde liegt. So kann z.B. der Unternehmensberater schon zuvor das Unternehmen (den Arbeitgeber) über eine Marketingstrategie beraten haben und danach zwischen dem Arbeitgeber und einem abgemahnten Arbeitnehmer mediiieren⁴⁰. Oder der die Trennungsmediation durchführende Rechtsanwalt vertritt die Ehefrau in einem Verkehrsrechtsstreit mit einem Unfallgegner. Solche Sachverhalte wären jedenfalls nach Absatz 1 offenbarungs- und zustimmungspflichtig.

4. Tätigkeit für beide Parteien

Das Tätigkeitsverbot gilt ausdrücklich weiterhin nur bei vorhergehender oder 33 nachfolgender Tätigkeit für *eine* Partei. Etwas gilt, wenn der Mediator bereits in derselben Sache für **beide Parteien** in einem tätig war⁴¹. Hat beispielsweise der Unternehmensberater zur gemeinsamen Unternehmensfinanzierung beraten und geraten die Unternehmensinhaber hierüber in Streit, ist eine Mediation bezüglich dieses Themas durch denselben Berater/Mediator möglich, oder während einer Teamentwicklung werden Konflikte offenkundig und die Teamentwicklung mündet in einer Teammediation. Dasselbe gilt auch für den Fall, dass der Mediator nach der Mediation den Parteien hilft, die erarbeiteten Inhalte organisatorisch in einem Unternehmen zu verankern, oder der anwaltliche Mediator eine Mediationsvereinbarung oder ein anderweitiges Vertragswerk für alle Beteiligten ausarbeitet⁴². Schwierig wäre der Fall, wenn z.B. in einem Einzelcoaching festgestellt wird, dass ein Konflikt in der Unternehmensabteilung Schwierigkeiten bereitet

37 Haft/von Schlieffen/*Kracht* a.a.O. Rn. 40 und Rn. 27.

38 Ebd.

39 Kilian/Offermann-Burckart/vom Stein/*Kilian* § 5 Rn. 39.

40 Fritz/*Pielsticker* a.a.O. Rn. 46.

41 Greger/*Unberath* § 3 Rn. 50; Fritz/*Pielsticker* § 3 Rn. 42.

42 Greger/*Unberath* a.a.O. Rn. 56.

und mit der Abteilung durch den Coach eine Mediation durchgeführt werden soll (hierzu s.u. **Rn. ■■**).

34 Ein **Sonderfall** ist die **rechtliche Beratung** beider Medianden **durch einen Rechtsanwaltsmediator während der Mediation**.

Oben wird hierzu die Auffassung vertreten, eine rechtliche Wertung während der Mediation würde zwangsläufig für den ein oder anderen Klienten erteilt und eine übergeordnete Beratung im allseitigen Interesse sei schlichtweg nicht möglich, weshalb eine Interessenkollision im Sinne des § 43 a IV BRAO vorliege⁴³. Dies sei zumindest der Fall, wenn der Anwaltmediator rechtlich interveniere, wenn sich widerstreitende Interessen der Parteien zeigten⁴⁴.

35 Dies ist m.E. in dieser Absolutheit fraglich. Es ist mittlerweile geklärt, dass auch ein **Anwalt mehrere Parteien im übergeordneten und gleichgerichteten Einigungsinteresse bei gemeinsamer Beauftragung** beraten kann und darf, da er damit eine zentrale Aufgabe der Rechtspflege wahrnimmt, unnötige Rechtsstreite zu vermeiden⁴⁵. So normiert auch die BORA in § 1 III, dass der Anwalt streitschlichtend und konfliktvermeidend tätig zu sein hat, womit der Rechtsanwalt eine vornehme Aufgabe der Rechtspflege wahrnimmt⁴⁶. Bei gemeinsamer Beauftragung kann der Anwalt auch bei gegenläufigen Interessen der Mandanten für beide tätig werden⁴⁷. Deshalb war auch schon vor dem Mediationsgesetz gesichert, dass ein Anwalt medieren darf, Mediation anwaltliche Tätigkeit⁴⁸, wenn auch nicht Rechtsdienstleistung⁴⁹ ist und nicht im Widerstreit mit dem Verbot widerstreitende Interessen zu vertreten steht⁵⁰. Weiterhin kann der anwaltliche Mediator im Nachgang zur Mediation die Medianden im Hinblick auf das übergeordnete Einigungsinteresse rechtlich zu beraten oder entsprechende Verträge gestalten⁵¹. Ebenso kann der Anwaltmediator nach gleichgerichteter gemeinsamer Beratung von Mandanten eine Mediation anknüpfen, also das scheidungswillige Ehepaar über die Scheidung und ihre Rechtsfolgen anwaltlich beraten, und im Nachgang im Rahmen einer Mediation die Scheidungsfolgenvereinbarung erarbeiten. Genau genommen ist die vorherige oder nachfolgende Beratung nicht Mediations- sondern davon abzugrenzende Anwaltstätigkeit.

43 *Hinrichs* § ■■, **Rn. ■■**.

44 Ebd.

45 Sog. **Doppelmandat**, vgl. u.a. *Henssler/Prütting/Henssler* § 43a BRAO Rn. 178 und Rn. 203; *Greger/Unberath* § 1 Rn. 83; *Henssler/Deckenbrock* MDR 2003 1085, 1086.

46 *Henssler/Deckenbrock*, a.a.O.

47 *Henssler/Prütting/Henssler*, § 43a BRAO Rn. 203.

48 § 7a BRAO, § 18 BORA.

49 § 2 III Nr. 4 RDLG.

50 *Henssler*, a.a.O., Rn. 179.

51 *Greger/Unberath* § 3 Rn. 56; *Schlosser* NJW 2002 1376ff. der sich mit der Beratung und Vertretung mehrerer Parteien im übergeordneten Einigungsinteresse beschäftigt.

Bei einer **Beratung während der Mediation** ist m.E. nach der „**Qualität**“ (nicht 36 im Sinne von „Güte“) **der anwaltlichen Beratung zu differenzieren**, denn anwaltliche Beratung kann auf sehr unterschiedliche Art und Weise mit unterschiedlicher Zielsetzung erfolgen. Traditionell wird der Anwalt ausschließlich angesehen als ein Vertreter einer Partei gegen einer andere. Die Beratung erfolgt im alleinigen Interesse der vertretenen Partei. Dabei hat der Anwalt die Aufgabe, seinen Mandanten vor Rechtsverlusten zu schützen und Ziel ist, dessen rechtliche Position möglichst effektiv gegen die andere Partei zu vertreten. Der Anwalt ist in dieser Funktion Kämpfer für das „Recht“, dessen Interessen er unvermittelt in einseitiger Parteinahme wahrzunehmen und durchzusetzen hat („klassisches“ Berufsverständnis)⁵². Eine solche Beratung und Vertretung durch einen Rechtsanwalt ist nicht mehr der Regelfall. Auch gerade durch das Aufkommen der Mediation hat sich das anwaltliche Berufsverständnis erheblich weiterentwickelt und er ist über dieses Berufsverständnis, auch durch die Ausweitung seiner Tätigkeit auf das Feld der Mediation, hinausgewachsen so dass die Beratung mehrerer Parteien im Hinblick auf ein übergeordnetes gemeinsames Ziel ist kein Ausnahmefall mehr ist⁵³.

Während der Mediation gibt es Situationen, in denen die Medianden **rechtliches know-how zur Gestaltung oder Umsetzung ihrer inhaltlichen Lösung** 37 brauchen. Erfolgt diese Beratung während der Lösungsfindungsphase, so erfolgt sie *nach* der eigentlichen Konfliktbearbeitung in Phase 3⁵⁴ und zu einem Zeitpunkt, in welchem die Medianden sich bereits einig und ihre Interessen zum Ausgleich gekommen sind und stellt ihnen lediglich das rechtliche Werkzeug zur Verfügung, ihre gefundene Lösung rechtlich wirksam und eindeutig zu fixieren. Eine solche Beratung beinhaltet keine Wertung des (ursprünglich) streitigen Konfliktstoffs, sondern beschränkt sich eben auf die (rechtliche) Gestaltung der Lösung. Eine solche Beratung für beide Parteien ist dem Anwaltmediator nach Abschluss der Mediation, also nach Phase 4 erlaubt⁵⁵. Es kann hier keinen Unterschied machen, dass der Anwaltmediator bereits in Phase 4 sein rechtliches Fachwissen zur Verfügung stellt, insbesondere da die theoretische Abtrennbarkeit der nachfolgenden anwaltlichen Beratung wenig praxistauglich ist.

Hiervon zu unterscheiden ist der Fall, wenn die Medianden **während der eigentlichen Konfliktbearbeitung**, also noch in Phase 2 und 3 der Mediation eine 38

⁵² Duss von Werdt/Haffke S. 101.

⁵³ Schlosser a.a.O.; Schlussbericht BRAK Ausschuss Mediation, BRAK Mitteilung 1996 186.

⁵⁴ Der Ablauf der Mediation orientiert sich meist an einem fünfstufigen Phasenmodell, um diesem Verfahren eine Grundstruktur zu geben. Sie werden wie folgt bezeichnet: Die Phasen 1-Anschluss der Mediationsvereinbarung, Phase 2-Bestandsaufnahme, Phase 3-Interessenfindung, Phase 4-Konfliktlösung, Phase 5-Ergebnis der Mediation. Dieses Fünf-Phasen-Modell ist kein Dogma, erleichtert aber den Überblick. (siehe hierzu z.B. Horstmeier Das neue Mediationsgesetz, 2013, S. 56 ff.) U.a. existieren auch Modelle mit lediglich drei Phasen oder aber eine Unterteilung in sechs Phasen.

⁵⁵ Duss v. Werdt/Haffke, a.a.O., S. 95 ff., Greger, a.a.O., Rn. 39.

rechtliche Beurteilung der Lage wünschen, quasi als Referenzpunkt für mögliche Lösungsoptionen oder aber auch während der Lösungsfindung in Phase 4 als objektives Entscheidungskriterium im Sinne des Harvard Konzeptes⁵⁶. In diesem Fall kann der Anwaltmediator den streitigen Sachverhalt **rechtlich neutral werten**. Ähnlich, wie bei der Gestaltung von Ehe- oder Gesellschaftsverträgen findet dann lediglich eine **überparteiliche, neutrale Einschätzung der Rechtslage** statt. Denn wie bei der Vertragsgestaltung müssen die Medianden darüber aufgeklärt sein, welche Regelungsvarianten es gibt und inwiefern von gesetzlichen Regelungen zu Gunsten des einen oder des anderen abgewichen wird⁵⁷. Dies erfordert jedoch keine Abwägung durch den Rechtsanwalt im Sinne einer (schieds)richterlichen Entscheidung. Vielmehr liegt es auch hier danach bei den Klienten, sich darauf zu verständigen welche Regelungsvariante gewählt wird, wie es auch die Begründung des Rechtsdienstleistungsgesetzes vorsieht, wonach sogar der nicht anwaltliche Mediator rechtliche Regelungsmöglichkeiten zur Disposition stellen darf, die Medianden sich dann aber eigenverantwortlich auf eine der Regelungsmöglichkeiten verständigen⁵⁸.

Weiterhin ist es ja nach einer durch Abschlussvereinbarung beendeter Mediation möglich, beide Medianden weiterhin rechtlich zu beraten⁵⁹. Wie schon erwähnt, ist die Trennlinie zwischen abgeschlossener Mediation und nachfolgender Beratung sehr theoretisch und wenig praxistauglich und erscheint daher recht willkürlich. Denn in der Praxis kommen rechtliche Fragen auch während der Mediation und vor Abschluss der Abschlussvereinbarung auf. Weiterhin sind auch die Lösungsfindungsphase und die Konfliktbearbeitungsphase nicht eindeutig voneinander zu trennen. Während einer Mediation können z.B. schon Lösungen für bestimmte Themen oder Teilergebnisse gefunden werden, während noch weitere Themen einer tieferen Bearbeitung bedürfen. Es liegt auf der Hand, dass Medianden gerade von einem Mediator mit juristischem Hintergrund rechtliche Informationen erwarten, die sich auf ihre Einigung förderlich auswirken. Es wäre geradezu widersinnig, wenn der anwaltliche Mediator sein Fachwissen zurückhielte und die Medianden an einen anderen Fachberater verwies, wie dies die Gesetzesbegründung zum Rechtsdienstleistungsgesetz vorsieht⁶⁰.

- 39 Es mag auch vorkommen, dass die Medianden wünschen, der Anwaltmediator möge im Einigungsinteresse den **Sachverhalt aus beiden Richtungen werten**. Hier stellt sich die Frage, ob tatsächlich eine Interessenkollision vorliegt. Nach einer

⁵⁶ Fisher/Ury/Pratton S. 119 ff.

⁵⁷ Vgl. Greger/Unberath a.a.O., der von der Verantwortung des Mediators spricht, auf Nichteinigungsalternativen hinzuweisen.

⁵⁸ BT-Drucks. ■■■/3655, S. 50.

⁵⁹ Greger/Unberath § 3 Rn. 56.

⁶⁰ BT-Drucksache ■■■/3655, S. 50.

beliebten Formel der Rechtsprechung ist dies der Fall, wenn ein Anwalt denselben Lebenssachverhalt einmal in der einen und ein anderes Mal in der anderen Richtung rechtlich würdigt⁶¹. Diese Formel ist sicherlich einschlägig, wenn ein Anwalt zeitlich nacheinander im jeweiligen parteilichen Interesse und Auftrag eines Mandanten zwei Parteien gegeneinander berät oder gar vertritt. Es ist jedoch eine völlig andere Ausgangssituation, wenn ein Anwalt gleichzeitig von Parteien beauftragt ist, zwischen Ihnen zu vermitteln und das Einigungsinteresse übergeordnet und das gemeinsame Ziel der Medianden ist. In diesem Fall kann der Anwaltmediator durch die Weitergabe von Fachwissen an beide Parteien gleichermaßen seine neutrale Rolle bewahren, auch wenn hier ein Sachverhalt mal aus der einen und danach aus der anderen Perspektive gewürdigt wird⁶². Gerade eine Wertung aus beiden Perspektiven gleicht dem sonst üblichen Perspektivwechsel in einer Mediation, z.B. während der Methode des „Doppelns“, bei dem es gerade die Fähigkeit eines Mediators erfordert, sich in beide Parteien gleichermaßen hineinzusetzen. Genau hierdurch zeigt sich auch den Parteien die Allparteilichkeit eines Mediators. Eine rechtliche Wertung, wie auch eine neutrale Wertung eines Dritten kann einen Konflikt erheblich deeskalieren. Denn es ist gerade ein typisches Phänomen, dass beide Parteien ihre rechtliche Position deutlich überschätzen. Eine rechtliche Bewertung relativiert diese überzogenen Erwartungen und fördert ebenso die Verhandlungsbereitschaft der Medianden⁶³. Weiterhin werden die Medianden den Mediator gerade wegen seiner anwaltlichen Qualifikation und Feldkompetenz aufgesucht haben und können die berechtigte Erwartung an den Anwaltmediator, haben, Ihnen aufzuzeigen, auf welche Rechte sie ggf. verzichten würden. Deshalb müssen nach einer Auffassung im Rahmen des Mediationsverfahrens durch einen anwaltlichen Mediator sogar *notwendig* und nicht nur fakultativ die gegenläufigen Interessen der Parteien erörtert und beraten werden, was zu keinem Interessengegensatz führt, da dies im Sinne einer gütlichen Konfliktlösung und des übergeordneten gemeinsamen Interesses geschieht⁶⁴. Danach gehört die rechtliche Beratung gerade zum Kern der mediativen Aufgabe eines Anwaltmediators⁶⁵. Der Anwaltmediator ist dabei nach Auffassung der Rechtsanwaltskammer sogar dazu verpflichtet, die Medianden über ihre jeweiligen Rechte und Pflichten aufzuklären, auch wenn dies eine Einigung letztlich erschwert⁶⁶.

61 Vgl. Henssler/Prütting/Henssler § 43a BRAO Rn. 169, *ders.* NJW **2001** 1521 unter Bezugnahme auf BGH NJW **1991** 1176 (1177).

62 Haft/von Schlieffen/Kracht, a.a.O. Rn. 28f., der an dieser Stelle das Beispiel nimmt, dass der Anwalt in der Familienmediation Unterhaltsansprüche jeweils aus der parteilichen Sicht der Ehefrau und des Ehemannes ausrechnet; **a.A.** für den Fall der einvernehmlichen Ehescheidung FF **2003** 156 ff.

63 Haft/von Schlieffen/Risse/Wagner § 38 Rn. 108.

64 Henssler AnwBl. **1997** 129, 130.

65 Henssler a.a.O. 132.

66 BRAK Mitt. 5/1996, 186, 187.

Zumindest, wenn die Parteien im Einigungsinteresse eine rechtliche Wertung aus beiden Richtungen verlangen, ist dem Anwaltmediator sowohl die rechtlich neutrale Bewertung, als auch die Wertung aus unterschiedlichen Perspektiven erlaubt und stellt keine Interessenkollision dar. Denn entscheidendes Kriterium für einen Verstoß, widerstreitende Interessen wahrzunehmen ist der Auftrag⁶⁷, in diesem Falle der Auftrag zur Einigungsförderung. Denn es kommt richtigerweise darauf ab, was die Klienten subjektiv als ihr Interesse erachten⁶⁸. Wenn die Mandanten eben ein gemeinsames Interesse haben, sich auf jeden Fall im Rahmen der Vermittlung durch den Anwaltmediator zu einigen, sind die Ihnen zu diesem Zweck und auf ihr Verlangen zur Verfügung gestellten Mittel durch dieses Interesse gerechtfertigt. In diesem Fall sind die Interessen eben gerade nicht „widerstreitend“ sondern eben gleichgerichtet⁶⁹. Erst dann, bzw. spätestens, wenn tatsächlich ein unüberbrückbarer Interessengegensatz an offenkundig würde, müsste der Rechtsanwalt die Mediation abbrechen und das Mandat niederlegen⁷⁰.

- 40 Die **Diskussion** zur Beratung im gleichgerichteten Interesse ist vor allem auf der **Ebene des Rollenverständnisses**⁷¹ und des **Verhältnisses unterschiedlicher alternativer Streitlösungsinstrumente zueinander** zu führen. Richtig ist, dass der (rechtlich) beratende (anwaltliche) Mediator den Rahmen der Mediationstätigkeit und seine Rolle als Mediator im engen Sinne verlässt. Wie oben ausgeführt tritt dann der Mediator aus seiner Rolle als nicht wertender Begleiter des Prozesses hinaus. Dies muss jedoch seine Neutralität und Allparteilichkeit wie dargestellt nicht beeinflussen. Eine Beratung, ob rechtlich oder in anderer Weise, kollidiert jedoch immer mit dem wesentlichen Grundgedanken der Mediation der Eigenverantwortung, nachdem die Parteien die Lösung ihres Konfliktes in sich tragen und der Mediator sozusagen „Geburtshelfer“ dieser eigenverantwortlichen Lösung ist. Durch eine Beratung verlässt der beratende Mediator die zuvor gegebene „Augenhöhe“ mit den Klienten und begibt sich eben in eine bewertende Position, die es mit sich bringt, dass der Mediator sich „über“ seine Klienten erhebt. Es stellt gerade eine der größten Herausforderungen an einen Mediator dar, eine Bewertung des Konfliktes zu vermeiden, bzw. eine solche zumindest zu reflektieren und eine Bewertung, sowie eigene Vorschläge außen vor zu lassen („den eigenen Senf draußen lassen“). Diesen Grundsatz missachtet ein Mediator in besonderem Maße, wenn er aufgefordert oder unaufgefordert (rechtliche) Regelungsvorschläge unterbreitet.

⁶⁷ Henssler NJW 2001 1521, 1522; BGHSt 34 190, 192; zur Übersicht über die unterschiedlichen Auffassungen *Offermann-Burkardt* NJW 2012 2489; vgl. unten.

⁶⁸ Henssler/Prütting/Henssler, § 43a BRAO Rn. 172, Henssler NJW 2001 1521, 1522.

⁶⁹ Ebd. Rn. 176.

⁷⁰ OLG Karlsruhe, NJW 2001 3197, welches vom klaren Hervortreten der Interessengegensätze spricht.

⁷¹ S.o. Hinrichs C III 2 § ■■ Rn. ■■.

Wie festgestellt kann im Sinne einer einvernehmlichen Lösung möglicherweise geradezu geboten, einen von den Medianden verlangten Rollenwechsel vorzunehmen. Vorrangiges Interesse der Medianden ist die einvernehmliche Beilegung des Konfliktes. Es kann vorkommen, dass Medianden tatsächlich an einen Punkt gelangen, an dem sie sich selbst trotz aller Interventionen nicht in der Lage sehen, eigenverantwortlich zu einer einvernehmlichen Lösung des Konfliktes oder bestimmter Aspekte zu gelangen, jedoch weiterhin eine einvernehmliche Einigung möchten. An dieser Stelle stehen weitere alternative Streitbeilegungsinstrumente außer der Mediation zur Verfügung⁷². Der **Übergang zu einem anderen alternativen Streitbeilegungsverfahren**, ggf. auch einem evaluativen Verfahren, wie der neutralen rechtlichen Bewertung, einer Schlichtung oder gar einem Schiedsgutachten kann ein angemessenes Verfahren darstellen⁷³. Die Anwendung eines gestuften Instrumentariums im Sinne der einvernehmlichen Beilegung sollte dem Mediator auch im Hinblick auf den Gesetzeszweck, die außergerichtliche Streitbeilegung zu fördern unbedingt offen stehen. Eine Möglichkeit ist wie dargestellt, dass der Mediator den Parteien konkrete Lösungsvorschläge unterbreitet, die er für sach- und interessenrecht hält. Über diese Lösungsvorschläge kann nun weiter interessenorientiert verhandelt werden und der Vermittler formuliert die entsprechenden Punkte des Vereinbarungsentwurfs. Oder die Parteien akzeptieren die durch den Vermittler vorgeschlagene Lösung. Auch möglich wäre, dass sich die Medianden dem Lösungsvorschlag schon vorab verpflichten, ähnlich einem Schlichterspruch oder eben dem verbindlichen Vorschlag im Rahmen der „early neutral evaluation“⁷⁴. Ein solches gestuftes Vorgehen zu weiteren Konfliktlösungsinstrumenten führt dazu, dass die Parteien weiterhin die Auswahlhoheit über das Verfahren behalten, auch wenn sie inhaltlich Stück für Stück Verantwortung für die Inhalte abgeben und in der jeweiligen Situation angemessenes Instrumentarium auswählen können, welches der Mediator je nach Qualifikation und Erlaubnis zur Rechtsdienstleistung bereit hält⁷⁵. Denn letztlich geht es den Parteien um die Lösung des Konfliktes unter Beibehaltung des eben gerade noch höchstmöglichen Maßes an Eigenverantwortung. Sie werden deshalb, wenn das Einigungsinteresse weiterhin überwiegt auch dem Übergang zu einem anderen konsensualen Streitbeilegungsverfahren gerne zustimmen, auch wenn sie im Einzelfall die genaue Differenzierung des Instrumentes nur schwer nachvollziehen können werden. Im Interesse der Parteien an einer einvernehmlichen Beilegung des Konfliktes ist es letztlich Aufgabe eines jeden Einigungsmanagers, innovativ unterschiedliche Verfahrensmodellen in Absprache mit den Parteien zu kombinieren und auf die Bedürfnisse der Klienten und die Anforde-

72 S. *Glasl* Kapitel 14; Büchting/Heussen/Mähler/Mähler, B 5.

73 *Zukunft WfR* 2009 10 ff.; Greger a.a.O. Rn. 39; *Glasl* a.a.O.

74 S. dazu oben ■■

75 *Zukunft WfR* 2009 10 ff.

rungen des Einzelfalls maßzuschneidern⁷⁶. Soweit es das Interesse der Parteien ist, kann aus diesem Gesichtspunkt auch im Einvernehmen und im Auftrag der Parteien zu einem Mediationsverfahren zurückgekehrt werden.⁷⁷

- 41 Unbedingt sollte ein Mediator bei einem gewünschten und erforderlichen **Rollenwechsel** und dem Verlassen des Rahmens der Mediation im engen Sinne auf diesen und die damit einhergehende geschilderte Problematik schon aus Transparenzgründen *deutlich hinweisen* und sich des Einverständnisses der Parteien vergewissern, sowie seine Rolle deutlich und klar mit den Medianden für den weiteren Verfahrensablauf klären.



Praxistipp:

Sollten die Medianden eines anwaltlichen Mediators den Mediator um eine rechtliche Einschätzung bitten, kann darin der Versuch liegen, den Mediator zum Richter zu erheben um die eigene Position zu stärken. Eine taugliche Intervention, um die Eigenverantwortung der Medianden doch bei diesen zu belassen ist in diesem Fall die Rückfrage des Mediators nach den Motiven der Bewertung, z.B.: wie würde Ihnen meine Einschätzung der rechtlichen Lage zum jetzigen Zeitpunkt weiterhelfen? Was würde es verändern, wenn ich Ihnen „Recht“ gäbe? Wie glauben Sie würde sich das auf unseren gemeinsamen Prozess auswirken?

Weiterhin kann ein vorausschauender Mediator bei der Beauftragung durch die Klienten bereits auf weitere alternative Verfahren explizit hinweisen und diese Verfahren in den Auftrag zur Einigungsförderung in Einvernehmen mit den Klienten aufnehmen.

42 **Muster:**

Auftrag zur Einigungsförderung und Vermittlung

Herr, Frau, Name, Anschrift,
(i.F. „Auftraggeber“)

Beauftragt/en

Herrn/Frau Rechtsanwalt/Rechtsanwältin, Mediator/Mediatorin, Coach
Name, Anschrift, ...
(i.F. „Auftragnehmer“)

damit, zwischen
und

(i.F.: „die Parteien“)

eine von beiden Parteien erwünschte Einigung zu fördern und zu unterstützen.

1. Arbeitsauftrag

- (1) Der Auftragnehmer unterstützt die Parteien möglichst im Rahmen von gemeinsamen Gesprächen inhaltliche Lösungen für die durch sie definierten regelungsbedürftigen Punkte zu finden und zu vereinbaren.

⁷⁶ Haft/von Schlieffen/*Risse/Wagner*, a.a.O. Rn. 109.

⁷⁷ A.A. Greger/*Unberath* § 3 Rn. 39, der von einem irreversiblen Übergang spricht.

- (2) Der Auftragnehmer fördert die angestrebte Vereinbarung mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln, insbesondere der Moderation und Mediation. Dies beinhaltet, insbesondere:
 - Themen zu sammeln und zu strukturieren und mit den Parteien jeweils festzulegen,
 - das Gesprächsklima zu fördern,
 - einen vertraulichen Gesprächsrahmen zu bieten,
 - die Verständigung zwischen den Parteien in konstruktive Bahnen zu lenken zu ermöglichen,
 - Bedürfnisse und Gestaltungsmöglichkeiten herauszuarbeiten,
 - Zwischenergebnisse zu sichern,
 - Lösungen mit den Parteien zu konkretisieren,
 - nach Absprache Protokolle zu fertigen.
- (3) Der Auftragnehmer unterbreitet grundsätzlich keine Lösungsvorschläge und bewertet solche nicht. Grundsätzlich berät er die Parteien nicht.
- (4) Der Auftragnehmer ist allparteilich. Falls er eine Partei vor der Einigungsförderung beraten oder vertreten hat, klärt er die andere Partei umfassend darüber auf und führt die Einigungsförderung nur mit ausdrücklichem Einverständnis der anderen Partei durch. Nach Beendigung oder Kündigung des Auftrags wird er keine Partei rechtlich vertreten oder beraten, außer die Parteien sollten dies im Einzelfall ausdrücklich befürworten.
- (5) Nach vorheriger Vereinbarung kann der Auftragnehmer außerdem
 - Einzelgespräche führen
 - Vorschläge zur Lösung unterbreiten,
 - Die Auftragnehmer im Hinblick auf die erstrebte Einigung allparteilich rechtlich beraten,
 - die Situation rechtlich neutral bewerten,
 - einen bindenden Schlichterspruch abgeben.
 - Vereinbarungen formulieren⁷⁸

5. Tätigkeit vor der Mediation

Für eine verbotene Tätigkeit als Mediator nach vorhergehender Tätigkeit für eine Partei dient dem Gesetzgeber die vorhergehende Vertretung einer Partei durch den Rechtsanwaltmediator als Paradebeispiel.⁷⁹ Der Gesetzgeber ist der Auffassung, dass es nicht darauf ankommt, ob der Mediator nach einer Beratung noch zur neutralen Haltung und Durchführung einer Mediation in der Lage ist, sondern darauf, ob er von den Parteien als neutral wahrgenommen wird. Dies sei auch schon dann nicht mehr der Fall, wenn der Mediator im Auftrag einer Partei die Möglichkeit einer Mediation ausgelotet habe⁸⁰. Praktisch bedeutet das, dass z.B. nach einer Beratung der sich trennenden Ehefrau über die Unterhaltshöhe eine nachfolgende Trennungsmediation nicht mehr möglich sein soll. Aber auch nach einem Coaching zur Arbeitssi-

⁷⁸ Soweit der Mediator hierfür durch das Rechtsdienstleistungsgesetz qualifiziert ist.

⁷⁹ S. Gesetzesbegründung, a.a.O. S. 16.

⁸⁰ Ebd.

tuation im Team eines Arbeitnehmers wäre die nachfolgende Teammediation verboten. Eine nachfolgende Team- oder Organisationsentwicklung hingegen wäre noch möglich, da der Teamentwickler ja gerade nicht als Mediator tätig wird.

Für den Fall, in dem eine Konfliktpartei zunächst, meist telefonisch den Mediator kontaktiert, über den Streitstand informiert und der Mediator bei der anderen Partei die Mediationsbereitschaft abfragt, bedeutet die gesetzliche Einschränkung, dass nach einem Einverständnis beider Parteien mit einer Mediation ein anderer Mediator mit der Mediation beauftragt werden müsste, unabhängig von dem ausdrücklichen Willen der Parteien, da das Tätigkeitsverbot absolut, also unabhängig von einer Einwilligung der Parteien gilt.

Weiterhin wäre auch nicht möglich, dass der oder die weiteren Konfliktbeteiligten einem bereits bestehenden Auftragsverhältnis, in welchem es dem ursprünglichen Auftraggeber auf eine einvernehmliche Lösung ankommt und er ggf. schon beraten worden ist, oder auch gecoacht wurde beitreten können. Es ist äußerst fraglich, ob dies mit dem Sinne des Gesetzes, europäischen und verfassungsrechtlichen Vorgaben und dem Wesen der Mediation vereinbar und sinnvoll ist (s. im Einzelnen ■■ u Rn. ■■).

6. Tätigkeit nach der Mediation (Nachbefassung)

Der Gesetzgeber erweitert das Tätigkeitsverbot auch auf eine der Mediation nachfolgenden Tätigkeiten für eine Partei. Den Grund, welchen der Gesetzgeber für das Verbot einer nachfolgenden Tätigkeit für einen ehemaligen Medianten durch den Mediator in anderer Funktion sieht ist, dass eine mediationswillige Partei einem Mediator nicht die notwendige Offenheit entgegenbringe, wenn sie befürchten müsse, dass der Mediator nach einem Scheitern die Gegenpartei vertritt und dabei das in der Mediation erlangte Wissen zu seinem Nachteil nutzt⁸¹. Oben wurde schon darauf hingewiesen, dass der Gesetzgeber offensichtlich vor allem an den Fall der parteilichen Vertretung eines der Medianten gegen den anderen nach gescheiterter Mediation vor Augen hat⁸².

Praktisch bedeutet das nachfolgende Tätigkeitsverbot, dass eben die anwaltliche Vertretung und Beratung eines ehemaligen Medianten gegen den anderen Medianten verboten ist. Jedoch wäre auch ein weiterführendes Coaching für einen der Parteien bezogen auf den gleichen Lebenssachverhalt nicht möglich, ebenso wenig wie eine Klärungshilfe für diese Situation oder aber eine psychologische Beratung. Auch hier steht die Sinnhaftigkeit und Verfassungsmäßigkeit in Frage.

⁸¹ BT-Drucks. 17/5335, 16.

⁸² So auch Greger/Unberath § 3 Rn. 54.

7. Erweiterung der Tätigkeitsverbote für die Fälle der Befassung verbundener Personen

Der Absatz 3 der Regelung erweitert das Tätigkeitsverbot auf die Fälle, in denen nicht der Mediator selbst, sondern eine mit ihm in „Berufsausübungs- oder Bürogemeinschaft“ verbundene Person tätig war oder nach Mediation in derselben Sache tätig werden möchte. Berufsausübungsgemeinschaften sind dabei alle Formen gesellschaftsrechtlicher Zusammenschlüsse, wie z.B. einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, einer Partnerschaftsgesellschaft, oder auch einer GmbH⁸³. Dabei kommt es nicht darauf an, dass dieselben Räume genutzt werden. Die Regelung betrifft auch überörtliche Zusammenschlüsse⁸⁴.

Bürogemeinschaften beschränken sich auf die gemeinsame Nutzung der Räume und der Infrastruktur eines Büros oder einer Praxis⁸⁵. Hier reicht es aus, wenn die Räume auch nur tageweise geteilt werden⁸⁶. Bei der Bürogemeinschaft ist jedoch Voraussetzung die örtliche Verbundenheit. Soweit also der so verbundene Kollege bereits beraten hat, kann der Mediator die Mediation grundsätzlich nicht durchführen, ebenso wie der Kollege nach einer Mediation eben nicht mehr tätig werden darf. Die Ausweitung auf Bürogemeinschaften begegnet jedoch verfassungsrechtlichen Bedenken⁸⁷. Denn eine Bürogemeinschaft ist eben nicht auf eine gemeinsame Berufsausübung ausgerichtet. Die Einbeziehung einer solchen „Innen-GbR“, die nach außen als solche nicht in Erscheinung tritt, hat nicht mit dem Verbot widerstreitender Interessen, sondern mit der Frage nach der internen Verschwiegenheitspflicht zu tun.⁸⁸

Auch bei dieser Regelung hat der Gesetzgeber wieder vor allem die vorhergehende oder nachgelagerte anwaltliche Beratung durch den Kollegen im Blick⁸⁹. Das Verbot bezieht sich, wie in Absatz 2, nicht auf die Fälle, in denen der Kollege im übergeordneten Einigungsinteresse für beide Parteien tätig war (s. Rn. ■■)⁹⁰.

8. Einverständnismöglichkeit für den Fall des Abs. 3

Absatz 4 der Regelung lässt jedoch Ausnahmen für den Fall des Absatzes 3 zu, nach welchen der Mediator doch nach Tätigkeit seines Kollegen tätig werden darf und

⁸³ Fritz/Pielsticker a.a.O. Rn. 62.

⁸⁴ Fritz/Pielsticker § 3 Rn. 64.

⁸⁵ Henssler/Prütting/Henssler, a.a.O., § 59 a Rn. 102.

⁸⁶ Fritz/Pielsticker a.a.O., Rn. 65.

⁸⁷ Henssler/Prütting/Henssler § 3 BORA Rn. 14 unter Bezugnahme auf BVerfGE 108 150 (157) in NJW 2003 2520, 2522f.

⁸⁸ Henssler ebd.

⁸⁹ Gesetzesbegründung, a.a.O., S. 16.

⁹⁰ Vgl. Fritz/Pielsticker a.a.O., Rn. 42, der dies für den Notar oder den Mediator ebenso sieht.

umgekehrt. Voraussetzung hierfür ist eine umfassende Aufklärung über alle Umstände, die seine Neutralität gefährden, also über den Umfang und Inhalt einer bereits erfolgten Tätigkeit. Das Einverständnis kann grundsätzlich formlos erklärt werden, muss also nicht schriftlich festgehalten werden. Je nach Bedarf kann ein Mediator die erfolgte Aufklärung jedoch auch schriftlich festhalten und sich unterschreiben lassen.

Die Aufklärung findet ihre Grenze jedoch in einer möglichen gesetzlichen Verschwiegenheitsverpflichtung einem vorherigen Auftraggeber gegenüber. Hier ist erforderlich, dass der Mediator zuvor mit diesem abklärt, inwiefern und in welchem Umfang er den oder die anderen Medianden über die erfolgte Beratung oder Tätigkeit aufklären darf⁹¹. Sollte dieser nicht zustimmen und eine umfassende Aufklärung wäre demnach nicht möglich, darf der Mediator die Mediation nicht übernehmen.

Mit der Ausnahmevorschrift des Absatz 4 trägt der Gesetzgeber der grundgesetzlich durch Art. 12 GG geschützten Berufsausübungsfreiheit Rechnung, welche er nicht unverhältnismäßig einschränken darf⁹². Zu Recht stellt sich die Frage, ob nicht genau aus diesem Gesichtspunkt heraus das absolute Tätigkeitsverbot des Absatz 2 nicht gegen Art. 12 GG verstößt⁹³ und die Regelung des Absatzes 4 auf den Absatz 2 ausgedehnt werden müsste.

9. Vorbefassung und die Beachtlichkeit des Einverständnisses unter grundrechtsspezifischen Gesichtspunkten

- 44 Das absolute Tätigkeitsverbot für die Fälle des Absatzes 2 schränkt zum einen den Mediator in seiner grundgesetzlich garantierten Berufsausübungsfreiheit ein, zum anderen die Medianden in ihrer ebenfalls grundgesetzlich verbürgten Privatautonomie. Diese Einschränkung müsste nach der so genannten Schrankentheorie geeignet und erforderlich sein, insbesondere Verhältnismäßig (im engen Sinne sein) um den Zweck der Einschränkung zu rechtfertigen. Jeder Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit muss durch hinreichende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt sein und darf nicht weiter gehen, als es diese Gemeinwohlgründe unbedingt erfordern und dürfen den Adressaten nicht übermäßig und unzumutbar belasten⁹⁴. Eingriffszweck und Eingriffsintensität müssen in einem angemessenen Verhältnis stehen⁹⁵. Daran hat sich auch die Auslegung berufseinschränkender Normen

⁹¹ Fritz/Pielsticker a.a.O., Rn. 81; SV Mat. 41/96, S. 8.

⁹² Vgl. BVerfG, NJW 2003 2520, www.bverfg.de/entscheidungen/rs20030703_1bvr023801.html.

⁹³ So auch Greger/Unberath a.a.O., Rn. 45.

⁹⁴ Henssler/Prütting/Kilian § 45 BRAO Rn. 6.

⁹⁵ BGH NJW 2012 3039, 3042 zu § 43 IV BRAO.

wie hier des § 3 Absatz 2 und 3 MedG zu orientieren⁹⁶. Für den Fall der Vorbefassung geht der Gesetzgeber davon aus, dass ein Mediator ein „unbeschriebenes Blatt“ sein müsse und erklärt dies zum nicht disponiblen Schutzobjekt. Hintergrund ist, dass im Falle einer Vorbefassung sich ein Mediator alleine durch die Tatsache einer Vorbefassung übervorteilt fühlen und den Eindruck haben könnte, der Mediator stünde möglicherweise der ihm bereits bekannten Partei näher.

Jedoch stellt sich vor allem unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit die Frage, ob ein disponibles Tätigkeitsverbot nicht genauso geeignet wäre, den Zweck der Regelung zu verwirklichen und insbesondere verhältnismäßiger wäre und ob § 3 Absatz 4 deshalb nicht so ausgelegt werden muss, dass er auch für die Fälle des Absatzes 2 gilt.

Wie oben festgestellt hat der Gesetzgeber für die Fälle einer Vorbefassung vor allem die vorherige anwaltliche Beratung oder Vertretung im Blick. Die Parteivertretung oder die klassische anwaltliche Parteiberatung zeichnet sich besonders aus durch die Bestandteile (Stell-)Vertretung oder Beratung *gegen* die andere Partei (s. oben Rn. ■■ zum „klassischen“ Verständnis des anwaltlichen Berufsbildes). Wie oben dargestellt ist jedoch auch **bei einer anwaltlichen Beratung durchaus zu differenzieren, welche „Qualität“ die vorherige Beratung hatte**. Die „klassische“ Beratung ist schon lange nicht mehr unbedingt der Regelfall einer anwaltlichen Beratung (Rn. ■■). Auch eine anwaltliche Beratung einer Partei vor der Mediation kann wie beschrieben bereits in einem übergeordneten Einigungsinteresse oder sogar rechtlich neutral erfolgt sein (Rn. ■■). Maßgeblich muss hier angesichts der Berufsausübungsfreiheit sein, ob tatsächlich eine parteiliche Beratung erfolgt ist⁹⁷.

Eine **vorhergehende betriebswirtschaftliche oder steuerliche Beratung**, in welcher eben keine parteiliche Beratung gegen die andere Partei erfolgt, unterscheidet sich ebenfalls qualitativ stark von der „klassischen“ anwaltlichen Beratung. Es sind weiterhin viele weitere Fälle praktisch relevant, die sich qualitativ noch viel stärker von einer „klassischen“ anwaltlichen Beratung als vorhergehender Tätigkeit unterscheiden, wie z.B. ein **vorhergehendes Coaching eines der Medianden**. Der Coach begreift sich wie der Mediator als Helfer zur Selbsthilfe, der keine eigenen Lösungsvorschläge unterbreitet, sondern den Coachee während eines Prozesses begleitet⁹⁸. Grundlage beider Prozesse ist die **mediative Kommunikation**⁹⁹. Die grundlegend mediative Haltung beinhaltet die Elemente Einnehmen der Metaebene, Personenzentrierung, Allparteilichkeit und Win-Win-Perspek-

⁹⁶ BGH, a.a.O.

⁹⁷ So auch *Henssler/Deckenbrock* DB 2012 159, 164.

⁹⁸ Zumindest so verstanden nach den Richtlinien des dvct und anderer Coachingverbände <http://www.dvct.de/verband/ethik/>.

⁹⁹ Zum Verhältnis von Coaching zur Mediation s. *Klappenbach* Spektrum der Mediation 46/2012 S. 18 ff.

tive.¹⁰⁰ Methodische Elemente sind das Aktive Zuhören, Gewaltfreie Kommunikation, Verhandlungsführung nach dem Harvard Konzept, methodische Aufwertung des Gesprächspartners, Ich- Botschaften, Positives Umformulieren u.a.¹⁰¹ Der Coach teilt also das Grundverständnis seiner Funktion mit dem Mediator. Bei einer Fortführung der Mediation nach vorherigem Einzelcoaching zu diesem Thema wie auch bei einem Übergang andersherum läge somit zwar ein Wechsel des Instrumentariums, jedoch kein Rollenwechsel vor. Das Gleiche gilt für z.B. eine vorhergehende Klärungshilfe¹⁰², in welcher schon die Haltung eines Mediators eingenommen wird. Ähnliches gilt auch für die Fälle einer vorherigen psychotherapeutischen Begleitung. Dies scheint – unschlüssiger Weise – für den letztgenannten Fall auch der Gesetzgeber so zu sehen wenn er in der Gesetzesbegründung ohne weitere Ausführungen in diesem Zusammenhang konstatiert, dass „die in psychologischen Beratungsstellen häufig anzutreffende Praxis, zunächst eine Kontakt suchende Partei zu beraten und anschließend eine Mediation anzubieten, keinen Bedenken begegnet“. Ein Unterschied zu den eben dargestellten Fällen ist qualitativ nicht ersichtlich und erscheint als willkürliche Ungleichbehandlung.

Im Beispielsfall des vorhergehenden Einzelcoachings und einer nachfolgenden Teammediation tritt eine Unzulänglichkeit der gesetzlichen Regelung besonders klar zu Tage, wenn man sich vor Augen hält, dass eine nachfolgende Team- oder Organisationsentwicklung noch möglich wäre, da der Teamentwickler ja gerade nicht als Mediator tätig wird. Auch in einer Teamentwicklung kommen durchaus auch Konflikte zu Tage, die in diesem Rahmen behandelt und geklärt werden sind können. Allein durch die Bezeichnung des Instrumentariums könnte hier ein Tätigkeitsverbot leicht umgangen werden.

- 46 Besonders augenscheinlich wird die **Unangemessenheit der gesetzlichen Regelung** und ihrer Auslegung durch den Gesetzgeber in den Fällen, in welchen ein Mediator im Auftrag einer Partei die **Einigungsmöglichkeiten ausgelotet hat** und die nachfolgende Mediation nicht durchführen können soll¹⁰³. In der Mediationspraxis ist es gerade der Regelfall, dass zunächst eine Konfliktpartei bei einem Mediator anruft, mediationswillig ist und noch nicht sicher ist, ob die andere Konfliktpartei ebenfalls bereit zu einer Mediation ist¹⁰⁴. Oft ist der Konflikt schon derartig eskaliert, dass es dem Interesse der Partei und auch dem Interesse einer einvernehmlichen

100 Klappenbach S. 188.

101 Klappenbach S. 190.

102 Zum Begriff der Klärungshilfe <http://www.christian-prior.de/klaerungshilfe-intro.php>; <http://de.wikipedia.org/wiki/Klaerungshilfe>; Lit.: Klärungshilfe. Thomann/Schulz von Thun/Nauermann-Bashayan, Handbuch für Therapeuten, Gesprächshelfer und Moderatoren in schwierigen Gesprächen.

103 Ebenso Henssler/Deckenbrock DB 2012 159, 164.

104 Haft/von Schlieffen/Kracht a.a.O., Rn. 36.

Beilegung des Konflikts angemessen und erforderlich ist, dass der Mediator die Einigungsbereitschaft des Konfliktgegenübers auslotet. Gerade diese Vorarbeit wird von Medianden als vertrauensbildend empfunden¹⁰⁵, so dass sich gerade deswegen Klienten für den Weg einer Mediation zur Klärung ihres Konflikts entscheiden. Ein Tätigkeitsverbot als Mediator nach Ausloten der Einigungsmöglichkeiten erscheint im Abgleich mit dem Sinn des Gesetzes als kontraproduktiv und unpraktikabel und übermäßig, insbesondere eine bloße Entgegennahme von Informationen muss hier zulässig sein¹⁰⁶.

Ein ganz ähnlicher Sachverhalt liegt vor, wenn der Mediator einen Klienten zu- nächst auch im Einigungsinteresse berät und der Klient eine einvernehmliche Lösung wünscht und **die andere Partei** jedoch erst nach dieser Beratung **dem Auftragsverhältnis beitrifft**. Wie dargelegt, ist eine gemeinsame anwaltliche Beratung aller Beteiligten und eine nachfolgende Mediation im allseitigen Einverständnis für mehrere Auftraggeber im Einigungsinteresse grundsätzlich möglich (s.o. Rn. ■■). Ein Unterschied für die Fälle, in denen eine der Parteien schon im übergeordneten Einigungsinteresse beraten worden war und die andere Partei nach umfassender Aufklärung über die erfolgte Beratung dem Auftragsverhältnis beitrifft ist nicht ersichtlich. Im Gegenteil entspricht es einem üblichen Prozedere in der Mediation, dass zunächst mit jedem Medianden Einzelgespräche geführt werden. Es kommt hier vor, dass eben vor dem ersten Einzelgespräch nur ein einseitiger Auftrag vorliegt, die andere Partei sich nach oder während einem eigenen Einzelgespräch nach umfassender Information dem Mediationsauftrag jedoch anschließt. Auch dieses Vorgehen sollte im allseitigen Einvernehmen möglich sein denn ein qualitativer Unterschied ist hier nicht ersichtlich¹⁰⁷.

Praxistipp:

In einem Vorgespräch sollte es nach Möglichkeit bei einer rein informativen Befragung unter Berücksichtigung mediativer Kommunikation bleiben. War der Mediator schon mit einer Partei vor einer gemeinsamen Beauftragung durch auch die andere Partei bereits in Kontakt, z.B. in einem informativen Vorgespräch, einem Coaching oder im Rahmen einer auf Einigung gerichteten Beratung ist unbedingt darauf zu achten, auch mit der anderen Partei ein Vorgespräch zu führen und diese umfassend und in Absprache mit dem bisherigen Auftraggeber über die Inhalte der vorherigen Tätigkeit aufzuklären. Für eine weitere Tätigkeit für beide Klienten ist unbedingt das ausdrückliche Einverständnis des beigetretenen einzuholen.



Der **Zweck des Gesetzgebers**, den Medianden vor den eigenen möglicherweise unbewussten Widerständen zu schützen, um schon der „**Anschein der Parteilich-**

105 Stellungnahme zum Referentenentwurf der BRAK S. 10, abrufbar unter www.brak.de.

106 Ebenso *Henssler/Deckenbrock* a.a.O.

107 S.u. **Rn. ■■** zum Meinungsstand in diesen Fällen im anwaltlichen Berufsrecht.

keit“ zu vermeiden¹⁰⁸, kann die mit dem absoluten Tätigkeitsverbot einhergehende Einschränkung auch nicht rechtfertigen. Ist es doch gerade Aufgabe des Mediators, unbewusste Prozesse ins Bewusstsein der Parteien zu holen, damit diese dem Konflikt zu Grunde liegenden Prozesse bearbeitet werden können (s. z.B. Eisbergmodell). Auch unbewusste Widerstände eines Mediators gegen einen „vorbefassten“ Mediator werden zu unterschiedlichsten Gelegenheiten ihren Ausdruck finden und auch hier kann ein verantwortungsbewusster und geschulter Mediator diesen unbewussten Prozess offen ansprechen, so dass die Parteien danach bewusst über einen Fortgang der Mediation entscheiden können.

Weiterhin ist sich ein geschulter **Mediator** dessen **bewusst**, dass er in jedem Fall, also auch ohne Vorbefassung **kein „unbeschriebenes Blatt“** ist. Es ist gerade die Verantwortung und Aufgabe eines Mediators, seine subjektive Sicht auf einen Konflikt zu reflektieren und dadurch aus dem Mediationsprozess herauszuhalten.

Die gesetzliche Regelung, bzw. deren Auslegung muss der Differenzierung nach der Qualität der vorherigen Tätigkeit angesichts des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes Rechnung tragen. Für die soeben beschriebenen Fälle erscheint der Grad der beruflichen Beschränkung zum damit verfolgten Zweck unangemessen und insbesondere für die soeben erläuternden Fälle muss der Wille der Klienten und deren Einverständnis beachtlich sein. Auch der Gesetzgeber ist in der Begründung hinsichtlich der Beachtlichkeit des Willens der Mediatoren unschlüssig, wenn er in der Gesetzesbegründung grundsätzlich auf eine subjektive Sichtweise der Mediatoren abstellt, wenn er für ausschlaggebend erachtet, ob der Mediator „von den Parteien als neutral wahrgenommen wird“.¹⁰⁹

- 49 **Sogar für den Fall der der vorherigen anwaltlichen, parteilichen Beratung** wäre dem Sinn des Gesetzes genüge getan, wäre dies zur Disposition der Mediatoren gestellt. Im Rahmen der Beratung oder Vertretung in einem streitigen Verfahren versucht ein Rechtsanwalt den eigenen Standpunkt, bzw. den des Mandanten durch Abschottung, Taktik und Raffinesse rigoros durchzusetzen¹¹⁰. Die Qualität einer solchen Beratung steht einer allparteilichen, beiden Parteien gegenüber empathischen Rolle am krassesten gegenüber. Der Fall ist wohl schon kaum praktisch vorstellbar, dass eine Partei in einem solchen Fall den bislang „gegnerischen“ Rechtsanwalt in Kenntnis der Beratung oder Vertretung mit der Vermittlung in derselben Angelegenheit beauftragen würde. Und sollte sie es trotz umfassender Information und Aufklärung dennoch wollen, erscheint der gesetzliche Schutz des Mediatoren vor seinem eigenen unbewussten Widerstand wohl kaum ein gesetzlich höherrangiger Zweck, der eine Einschränkung der Privatautonomie des Mediatoren rechtfertigen kann.

108 Haft/von Schlieffen/*Kracht* a.a.O.

109 Gesetzesbegründung, S. 16.

110 *Duss v. Werdt/Haffke* a.a.O., S. 100 f.

Unter dem Gesichtspunkt der Verfassungsmäßigkeit und einer gebotenen verfassungsmäßigen Auslegung des Gesetzes ist deshalb von der Beachtlichkeit des Einverständnisses der Medianden auszugehen.

Beispielfall:

50

Ein Gesellschafter einer GbR vereinbart einen Beratungstermin. Gleich zu Anfang erklärt er ausdrücklich, er habe vor, sich mit seinem Mitgesellschafter bezüglich einer gewünschten Trennung im Rahmen einer folgenden Mediation zu einigen. Dennoch möchte er beantwortet wissen, ob es nicht möglich sei, einfach ein neues Unternehmen mit demselben Unternehmenszweck ohne den Mitgesellschafter zu gründen. Die rechtliche Auskunft, dass dies eine Art „Hinauskündigen“ ohne wichtigen Grund sei und eine Neugründung nur im Einvernehmen auch aus wettbewerbsrechtlichen Gründen möglich ist, stellt eine neutrale rechtliche Beurteilung im ausdrücklichen Einigungsinteresse des bisherigen Auftraggebers dar. Die Auskunft macht dem Auftraggeber deutlich, dass ein Alleingang nicht möglich ist und bestärkt diesen gemeinsam mit dem Mitgesellschafter eine einvernehmliche Lösung zu finden. Er erklärt sich damit einverstanden, dass der Mediator in einem folgenden Einzelgespräch mit dem Mitgesellschafter alle Umstände und Inhalte der erfolgten Beratung offen legt. In dem folgenden Einzelgespräch mit dem Mitgesellschafter erklärt dieser nach erfolgter Aufklärung über die Inhalte des Termins mit dem ersten Auftraggeber, dass er eine Mediation durch den Anwaltmediator wünsche. Die rechtliche Auskunft des Anwaltmediators ebnet in diesem Fall den Weg zu einem darauf folgenden gemeinsamen Mediationstermin, in welchem der Mitgesellschafter dem Auftrag zur einvernehmlichen Streitbeilegung beitrifft.

Praxistipp:


Sollte ein Klient im Vorgespräch Beratungbedarf haben, ist unbedingt darauf zu achten, dass die Beratung neutral und im Hinblick auf die gewollte und/oder im Raum stehende Mediation und das Einigungsinteresse erfolgt. Der Auftraggeber ist darauf hinzuweisen, dass eine Beratung mit der Rolle des Mediators nicht übereinstimmt und so wenig wie irgendwie möglich erfolgt, schon um einen Beitritt der anderen Partei zu einem Mediationsauftrag nicht zu gefährden.

Exkurs: Einverständnismöglichkeit bei vorhergehender Tätigkeit im anwaltlichen Berufsrecht

Für eine Auslegung des Gesetzes, dass ein Einverständnis der Medianden beachtlich ist, spricht auch die herrschende Auffassung für eine Beachtlichkeit der Einwilligung der Mandanten im anwaltlichen Berufsrecht. Hier regeln die Normen der BRAO §§ 43 a Absatz 4 und 45, sowie § 3 Absatz 1, 1. Alternative BORA und § 356 Absatz 1 StGB den Komplex der Vor- und Nachbefassung. § 3 MedG ist den Regelungen des anwaltlichen Berufsrechts nachgebildet, weshalb die dort geführte Diskussion, ob ein Einverständnis der Mandanten beachtlich ist Aufschluss für eine Auslegung des Mediationsgesetzes gibt. Insbesondere § 3 BORA entspricht der Regelung im Mediationsgesetz. So bestimmt der Absatz 2 Satz 2 BORA wie § 3 Absatz 4 MedG, dass für die Fälle, in welchen ein in Büro- oder Berufsausübungsgemeinschaft verbundener Kollege vorbefasst war, ein Einverständnis der Mandanten möglich ist, wohingegen ebenfalls eine Regelung für den Einzelanwalt fehlt. § 3 Absatz 2 wurde im Hinblick auf die Verfassungsmäßigkeit der zuvor geltenden Regelung nach ei-

nem Urteil des Bundesverfassungsgerichtes überhaupt erst eingeführt¹¹¹. § 3 BORA konkretisiert die §§ 46, 46 BRAO, die das Einverständnis der Mandanten nicht regeln. Die genannten Paragraphen unterscheiden sich zwar tatbestandlich, jedoch ist der Kern immer der Gleiche, nämlich, dass ein Anwalts nicht für zwei oder mehr Parteien tätig werden darf, deren Interessen gegenläufig sind¹¹².

- 52 Die **herrschende Meinung** geht davon aus, dass ein Einverständnis der Mandanten den geforderten **Interessengegensatz** bereits auf der **Tatbestandsebene aufhebt**¹¹³. Dabei geht diese Meinung davon aus, dass das Interesse der Mandanten subjektiv aus deren Sicht und nicht objektiv zu bestimmen ist¹¹⁴. Es ergibt sich aus dem jeweiligen Auftrag und aus den subjektiven Zielen der Beteiligten, ob ein Interessenwiderstreit vorliegt¹¹⁵.

In der Rechtsprechung wird diese Sichtweise insbesondere dann angewandt, wenn der Streitstoff zur Disposition der Mandanten steht¹¹⁶. Dies wird für die Fälle von bürgerlich- rechtlichen Vermögensangelegenheiten bejaht. Auch das Bundesverfassungsgericht stellt auf eine subjektive Sichtweise ab¹¹⁷.

Einige Vertreter sind der Auffassung, dass das Einverständnis der Mandanten zumindest die Pflichtwidrigkeit des Tuns aufhebt und eben beachtlich ist, soweit eben der Streitstoff zur Disposition der Parteien steht¹¹⁸.

Zum Teil wird in Frage gestellt, ob auch das Rechtsgut des „Belange der Rechtspflege“, bzw. des „Anwalts als Organ der Rechtspflege“, die sich insbesondere konkretisieren in der „unabhängigen, verschwiegenen und gradlinigen Wahrnehmung der Mandanteninteressen durch den Rechtsanwalt“ zur Disposition der Parteien steht¹¹⁹. Hierin sieht Henssler ein „konturloses Merkmal, aus dem sich keine verwertbaren Anforderungen ableiten lassen“¹²⁰. Auch das BVerfG ist der Auffassung, dass es in der verantwortlichen Einschätzung eines Rechtsanwaltes liege, ob die Konfliktsituation gebietet, das Mandat niederzulegen und nicht abstrakt und verbindlich ohne Berücksichtigung der konkreten Einschätzung festgelegt werden

111 BVerfGE 108 150; NJW 2003 2520.

112 *Offermann- Burckardt* NJW 2010 2489, die einen guten Überblick über den Meinungsstand wiedergibt.

113 *Offermann- Burckardt* a.a.O.; Henssler/Prütting/Henssler § 43a BRAO Rn. 169ff.; Henssler/Deckenbrock MDR 2003 1085, 1090.

114 Henssler/Deckenbrock MDR 2003 1085, 1086.

115 *Offermann- Burckardt* a.a.O., m.w.N.; BGHSt 7 17, 20f. = NJW 1955 150; BGHSt 15 332, 334 = NJW 1961 929; BGHSt 34 190, 192 = NJW 1987 335; OLG Karlsruhe, NStZ-RR 1997 236, 237.

116 *Offermann- Burckardt* a.a.O.

117 BVerfG, a.a.O.

118 Henssler/Prütting/Eylmann, § 43a BRAO Rn. 171; Feuerich/Weyland/Bohnlein § 43a BRAO Rn. 64.

119 BVerfG NJW 2003 2520.

120 Henssler/Deckenbrock DB 2012 159, 164.

kann, was den Interessen des Mandanten (und damit auch der Rechtspflege) dient¹²¹. Letztlich geht es bei dem Merkmal der „Belange der Rechtspflege“ um die Außendarstellung der Anwaltschaft, die erst dann nicht mehr als vertrauenswürdig erscheint, wenn ein Rechtsanwalt in derselben Rechtssache widersprechende Standpunkte *vertritt*¹²². Auch für den Fall, dass von einer objektiven Bestimmung der Interessen ausgegangen wird, hält es die herrschende Meinung verfassungsmäßig für unzulässig, auf einen rein latenten (und abstrakten) Interessenkonflikt abzustellen, der im konkreten Einzelfall jedoch nicht gegeben ist¹²³. Sogar **Vertreter einer streng objektiven Sichtweise** auf die Interessen verweisen deshalb auf die Möglichkeit des Einverständnisses¹²⁴.

Dies gilt auch für die Fälle, in welchen ein weiterer Mandant dem ursprünglichen Auftragsverhältnis, wie im Beispielfall beitrifft. So wurde zu Beginn der Diskussion bei Aufkommen der Mediation durch Rechtsanwälte für das anwaltliche Berufsrecht die Auffassung vertreten, dass die Übernahme der Mediation nach anwaltlicher Vorbefassung – ohne weitere Differenzierung über die Qualität der Vorbefassung – im allseitigen Einvernehmen grundsätzlich zulässig ist¹²⁵. Im Ausschuss Nr. 4 der Satzungsversammlung der Bundesrechtsanwaltskammer zu besonderen Berufspflichten von Rechtsanwälten im Zusammenhang mit Mediation verwarf die Mehrheit des Ausschusses ein striktes Neutralitätsgebot¹²⁶. Die mehrheitliche Auffassung war, dass es z.B. im Gesellschaftsrecht Fälle geben könne, in welchen sich die streitenden Gesellschafter an den Anwalt wenden, der früher den Gesellschaftsvertrag erstellt hatte¹²⁷. Es wurde sogar diskutiert, ob der Mediator aus eigenem Antrieb überhaupt eine Vorbefassung offen legen müsse, oder dies erst auf konkrete Nachfrage der Medianden geschehen sollte¹²⁸. Schon das Reichsgericht war für den Fall, dass zunächst ein Auftraggeber (parteilich!) beraten wurde der Auffassung, dass ein Rechtsanwalt dann nicht pflichtwidrig handele, „wenn die beiderseitigen Interessen der Mandanten übereinstimmend auf eine angemessene Beilegung des Streites gehen und der Anwalt mit Zustimmung des ursprünglichen Auftraggebers zum Zwecke eines gerechten Vergleichs beide Parteien berät“¹²⁹.

Wenn ein Einverständnis im anwaltlichen Berufsrecht nach vorheriger anwaltlicher Beratung möglich und beachtlich ist, muss dies **erst recht** für ein **Einverständnis von Medianden im Rahmen des Mediationsgesetzes** gelten, insbeson-

121 BVerfG NJW 2003 2520.

122 Grunewald ZEV 2006 386, 388.

123 BGH NJW 2012 3039, 3042.

124 Grunewald a.a.O., 387.

125 Feuerich/Weyland/Vossebürger § 18 BORA Rn. 4.

126 SV Mat. 41/96, S. 7 und 8.

127 Ebd.

128 Ebd. S. 7.

129 RG JZ 1929 3168, 3169 m.w.N.

dere für die Fälle einer vorhergehenden gemeinsamen Beratung im Einigungsinteresse und für die Fälle, in welchen ein Mediand wie im Beispielfall dem ursprünglichen Auftragsverhältnis beitrifft, vor allem, wenn dieses von Beginn an das Ziel hatte, Einvernehmen zwischen den Parteien herzustellen. Abschließend sei noch erwähnt, dass der Schutz der „Belange der Rechtspflege“ für nichtanwaltliche Mediatoren keine Bedeutung hat.

10. Praxistipp: Klärendes Vorgespräch ohne konkrete Beauftragung zur Konfliktbearbeitung



Praxistipp: Klärendes Vorgespräch ohne konkrete Beauftragung zur Konfliktbearbeitung

Um dem Neutralitätsgebot und dem Interesse des Klienten an einer angemessenen Konfliktbearbeitung Rechnung zu tragen, kann **vor Beauftragung** zu einer konkreten Konfliktbearbeitung z.B. einer Mediation oder eben auch anderer Instrumente (vgl. oben Rn. ■■) ein rein **klärendes Vorgespräch** auch nur mit einem Klienten stattfinden. Ein solches Vorgespräch vor einer eigentlichen Beauftragung dürfte noch nicht in den Regelungsbereich des Mediationsgesetzes fallen, so dass eine nachfolgende Tätigkeit, unabhängig von der strittigen Auslegung des § 3 MedG, weiterhin insbesondere aus verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten möglich sein muss¹³⁰. Ein Modell ist in Frankfurt/Oder vorzufinden¹³¹. Angelehnt ist die dortige Konfliktberatungsstelle an das in den USA institutionalisierte Verfahren des „Multi Door Courthouse“¹³². Bei letzterem Verfahren wird im Rahmen einer „Screening conference“ der Konflikt zunächst analysiert um sich mit den Parteien danach auf das angemessene Streitbeilegungsverfahren zu einigen. Ein solches „Screening“ oder Konfliktklärungsgespräch kann auch durch einen Konflikt- oder besser „Einigungsmanager“, der die Befähigung zu mehreren Instrumenten der Konfliktlösung hat, vor der eigentlichen Leistung angeboten werden. Im Rahmen einer solchen „Pre-Mediation“ findet dann wie beschrieben zunächst eine Konfliktanalyse statt. Durch mediative Kommunikation (vgl. Rn. ■■) gewährleistet der Einigungsmanager seine Neutralität. Nach der Konfliktanalyse entscheiden sich der oder die Beteiligten für ein auch der Konflikteskalationsstufe angemessenes Konfliktlösungsverfahren, z.B. eine Mediation, oder eben ein anderes Verfahren. Dabei wirkt schon das Vorgespräch durch mediative Kommunikation deeskalierend und steigert die Möglichkeit, dass der Klient/die Klienten ein kooperatives Verfahren zur Lösung ihrer Belange auswählen¹³³. Ein solches Verfahren steht im Einklang mit dem Zweck des Gesetzes, die außergerichtliche Streitbeilegung zu fördern.

11. Nachbefassung und Einverständnismöglichkeit

- 54 Auch für die **Fälle der Nachbefassung**, also einer Tätigkeit nach Mediation, stellt sich die Frage, ob die der Absatzes 4 auf die Fälle des Absatzes 2 ausgedehnt werden

¹³⁰ Vgl. zum anwaltlichen Berufsrecht Henssler/Prütting/Henssler § 43a BRAO Rn. 188.

¹³¹ Büchting/Heussen/Mähler/Mähler B5, Rn. 46.

¹³² Vgl. dazu Büchting/Heussen/Mähler/Mähler a.a.O. m.w.N.

¹³³ Vgl. dazu *Zukunft* WfR 2009 10 ff.

müsste und **ein Einverständnis der Medianden das Tätigkeitsverbot aufheben kann.**

Im Fall der weiteren Befassung nach einer Mediation ist der Zweck des absoluten Tätigkeitsverbots, dass Medianden einem Mediator die notwendige Offenheit entgegenbringen. Es soll verhindert werden, dass ein Mediand Informationen zurückhält, weil er befürchten muss, dass der Mediator nach einem Scheitern der Mediation die Gegenpartei vertritt und dabei das in der Mediation erlangte Wissen zu seinem Nachteil nutzt¹³⁴. Auch hier stellt sich die Frage, ob das absolute Tätigkeitsverbot tatsächlich erforderlich, aber auch schon geeignet ist, den gesetzlichen Zweck sicherzustellen und ob die weitere Tätigkeit nach Mediation auch zur Disposition der Parteien gestellt werden müsste.

Auch im Falle der nachfolgenden Tätigkeit hat ausweislich der Gesetzesbegründung der Gesetzgeber wiederum die nachfolgende anwaltliche Parteivertretung oder einseitige Beratung im Blick (s.o. Rn. ■■). Selbstverständlich müssen Medianden Sicherheit über den vertraulichen Rahmen einer Mediation haben, damit sie überhaupt zur Transparenz – eines Grundpfeilers der Mediation – bereit sind. Hierzu dient auch die gesetzliche Verschwiegenheitspflicht aller Mediatoren, die jetzt im Mediationsgesetz verankert ist.¹³⁵ Der Fall der nachfolgenden Parteivertretung zeichnet sich wie beschrieben jedoch besonders aus durch die Bestandteile (Stell-)Vertretung oder Beratung *gegen* die andere Partei (s. oben Rn. ■■). Wenn ein vormalig neutraler Dritter gleichsam Konfliktpartei, wenn auch nur stellvertretend, wird und für das Recht seines Mandanten kämpft ist dies der denkbar krasseste Fall des Rollenwechsels. Dass ein solches Verhalten würdelos und berufsethisch bedenklich ist, nachdem ein Mediator schlichtend und vermittelnd voll Verständnis für die beiderseitigen Bedürfnisse tätig war, steht außer Frage¹³⁶.

Doch ist auch für die Fälle der Nachbefassung wiederum zu **differenzieren, 55 welche Art von Tätigkeit** der ehemalige Mediator für eine Partei entfalten möchte. Auch hier es sind viele Fälle denkbar und praxisrelevant, die eine weitaus weniger extreme Rollentransformation beinhalten, als die nachfolgende Vertretung. Insbesondere ist hier an die Fälle zu denken, in denen der Mediator in seiner Rolle bleibt, die den Inhalt und die Lösung beim Klienten belässt, wie z.B. beim klassischen Coaching oder der Klärungshilfe nach beendeter Mediation (s.o. Rn. ■■). Ähnlich zu beurteilen wäre eine therapeutische Begleitung eines ehemaligen Medianden. Für den Fall der *vorherigen* psychologischen Beratung sieht das auch der Gesetzgeber wie dargestellt ebenso, wenn die Parteien zustimmen¹³⁷.

134 Gesetzesbegründung a.a.O.

135 Zur Verschwiegenheitspflicht S. oben Kap. ■■ Rn. ■■.

136 *Duss v. Werdt/Haffke* S. 100.

137 Gesetzesbegründung, a.a.O., S. 16.

56 Exkurs: Einverständnis im anwaltlichen Berufsrecht

Auch hier hilft wieder ein vergleichender Blick zur **Diskussion im anwaltlichen Berufsrecht**. Ein viel diskutierter Beispielfall ist die Vertretung einer Partei nach vorhergehender gemeinsamer Beratung der scheidungswilligen Ehegatten im Rahmen einer so genannten „**einvernehmlichen Ehescheidung**“. Das deutsche Scheidungsrecht sieht grundsätzlich die Vertretung jedes Ehegatten durch einen Rechtsanwalt vor. Nur in den Fällen, in welchen einer der Parteien lediglich sein Einverständnis mit der Ehescheidung im Scheidungstermin ausspricht und sich die Ehegatten über die so genannten Scheidungsfolgesachen (Zugewinn, Unterhalt, Hausrat, Sorgerecht und Umgang, ggf. auch Rentenanswartschaften) einig sind, reicht die Vertretung des die Scheidung beantragenden Ehegatten aus. In diesem Fall hat das Gericht dennoch von Amts wegen über den Versorgungsausgleich zu entscheiden. Viele scheidungswillige Ehepaare beauftragen deshalb aus Kostengründen gemeinsam nur einen Rechtsanwalt, der sie vorab über die Scheidungsfolgen berät und für Einvernehmen sorgt. Hierbei bietet sich auch eine vorgelagerte Mediation an. Nach Einigung über die Scheidungsfolgen bringt es das deutsche Scheidungsrecht allerdings zwingend mit sich, dass der Anwalt nur eine Partei im Scheidungstermin vertreten kann. Hier wird diskutiert, ob eine solche Vertretung unter berufsrechtlichen Gesichtspunkten möglich sein soll. Im engen Zusammenhang mit der Frage ob das Einverständnis der betroffenen Mandanten mit der Beratung und/oder Vertretung durch denselben Rechtsanwalt beachtlich ist, steht die ebenfalls kontrovers diskutierte Frage nach der Interessenlage zwischen den Eheleuten und deren Bewertung als widerstreitend. Dabei ist umstritten, ob bei der Bestimmung des Interesses nur die objektive Interessenlage, also die Beurteilung der Situation aus Sicht eines vernünftigen Dritten oder ob auch der Wille der Parteien maßgeblich ist. Hierzu wurde, insbesondere noch während der Geltung des alten Scheidungsrechts, die Auffassung vertreten, ein Scheidungsverfahren beinhalte einen unauflösbaren Interessenskonflikt der Ehegatten¹³⁸. Nach der Reform des Scheidungsrechtes 1976 vertritt die nun herrschende Meinung den Standpunkt, dass bei den im Fall einer Scheidungssache disponiblen Rechtsgütern der Interessenbegriff vom Willen der Parteien gestaltet werde und sich nach deren subjektiven Zielen richte. Da es den Ehegatten freistehe, einverständlich die Voraussetzungen der Ehescheidung herbeizuführen, sei es gerechtfertigt, dem Interessengegensatz ein subjektives Verständnis des Interesses zu Grunde zu legen¹³⁹. Dies sei ein zeitgemäßes Zugeständnis an den Bürger, seine privatesten Angelegenheiten selbständig zu ordnen¹⁴⁰. Es wird weiterhin angenommen, dass eine Weiterführung des Mandates für eine Partei möglich ist, wenn der nunmehr einen Mandanten vertretende Rechtsanwaltmediator nicht dessen „Interessen“ vertreten muss, da es auch hier weiterhin einvernehmlich um das Ziel der Auflösung der ehelichen Verbundenheit geht sondern lediglich das Scheidungsverfahren nur verfahrensmäßig abwickelt¹⁴¹. So sehen es auch die Franzosen als durchaus integer an, wenn ein Rechtsanwalt beide Ehegatten im Scheidungsverfahren vertritt¹⁴².

Eine Meinung ist der Ansicht, dass sogar die nachfolgende vorprozessuale oder gerichtliche parteiliche Vertretung nach erfolgter gemeinsamer Beratung möglich sein soll¹⁴³. Damit diene der Anwalt zwar der einen Partei, dieses Dienen sei aber mangels vorangegangenen Dienens im individuellen,

138 So noch BGHSt 4 80.

139 OLG Karlsruhe NJW **2002** 3561, 3562; *Henssler/Deckenbrock* MDR **2003** 1086; *Henssler/Prütting/Henssler* § 43a BRAO Rn. 176; *Erb* NJW **2003** 730.

140 *Erb* a.a.O., S. 732.

141 *Henssler/Prütting/Henssler* a.a.O., Rn. 178.

142 S. hierzu *Schlosser* NJW **2002** 1376, 1378 mit Verweis auf den französischen Code Civil Art. 230.

143 OLG Karlsruhe, a.a.O.; *Erb* a.a.O., 730.

widerstreitenden Interesse des anderen Ehegatten nicht als pflichtwidrig zu qualifizieren. Der Anwalt sei dort nur als unparteiischer Mittler aufgetreten¹⁴⁴.

Dem zumindest für den Fall beizupflichten, in welchem beide Parteien einer solchen Vertretung zustimmen. Denkbar ist dies für den Fall, in denen es nach „gescheiterter“, bzw. nicht durch Abschlussvereinbarung beendeter Mediation auch dem nachfolgend nicht oder anderweitig vertretenen Medianden gerade daran liegt, dass der Mediator den Fall als Parteivertreter des Gegenübers weiterführt, z.B. da er um die grundlegend kooperative Einstellung des Mediators weiß und verhindern will, dass ein „wirklich scharfer Hund“ an dessen Stelle tritt¹⁴⁵. Das Einverständnis ist auch im common law grundsätzlich beachtlich¹⁴⁶. Der entscheidende Aspekt ist dort nicht der Interessengegensatz oder ein möglicher Interessenkonflikt, sondern es kommt dort darauf an, dass sensible Informationen, die im Rahmen eines Mandates erlangt wurden, nicht in die Hände des Gegners oder den Träger des entgegengesetzten Interesses gelangen¹⁴⁷. So wird in der juristischen Fachliteratur gefordert, dass sich das deutsche Recht ausländischen, internationalen Standards, insbesondere dem des anglo-amerikanischen Raums angleicht, in welchen das Einverständnis von Mandanten erheblich ist¹⁴⁸ und der autonomen Entscheidung von Mandanten einen höheren Stellenwert einzuräumen.¹⁴⁹

Als **Schlussfolgerung für das Mediationsgesetz** muss ein Einverständnis der Medianden in eine nachfolgende Tätigkeit **erst recht** vor allem dann legitimierend sein in den Fällen, in denen ein ehemaliger Mediator eben nicht die Interessen einer Partei nachfolgend parteilich und kämpferisch vertritt, sondern er weiterhin, zwar nur für eine Partei, jedoch im Einigungsinteresse tätig ist. Hier ist insbesondere an den Fall einer nachfolgenden Mandatierung im Rahmen eines „**cooperative Practice**“ (oder auch collaborative law)-Verfahrens (zu deutsch: Kooperatives Mandat) zu denken. In einem solchen Verfahren ist zwar jeder der Parteien nunmehr durch einen Anwalt vertreten. Jedoch schließen alle Beteiligten, also die Parteien und deren Anwälte einen vierseitigen Vertrag, in welchem sie sich zur einvernehmlichen Beilegung ihrer Streitigkeiten verpflichten¹⁵⁰. Dieses Verfahren kommt insbesondere im Trennungs- und Scheidungsrecht zur Anwendung. Auch hier agiert der vertretende Rechtsanwaltmediator nicht im „klassischen“ Sinne. Übergeordnetes Interesse und Ziel ist nach wie vor die einvernehmliche Beilegung der Streitigkeit.

¹⁴⁴ Erb a.a.O.; Schönke/Schröder/Cramer § 356 Rn. 15.

¹⁴⁵ Hier sieht allerdings die herrschende Meinung ein Grenze der Einverständnismöglichkeit, s. u.a. BGH NSTZ 1985 74.

¹⁴⁶ Vgl. hierzu Schlosser NJW 2002 1376, 1378.

¹⁴⁷ Schlosser ebd.

¹⁴⁸ Henssler/Prütting/Henssler § 3 BORA Rn. 20.

¹⁴⁹ Henssler/Prütting/Eylmann § 43a BRAO Rn. 156 und 141.

¹⁵⁰ Zum Verfahren der „cooperative Practice“ s. Mähler/Mähler, in Wirtschaftspsychologie aktuell, S. 17 ff.

58 Beispielsfall:

In einer Trennungs- und Scheidungsmediation über die Scheidungsfolgen (Auszug eines der Ehegatten aus dem gemeinsamen Haus, Abgeltung des Wohnwertes, Umgang des ausziehenden Ehegatten mit den gemeinsamen Kindern, Unterhalt der Kinder und der Ehefrau, welche die minderjährigen Kinder betreut, Vermögensausgleich bei Scheidung) kommen die Medianden auch nach mehreren Mediationssitzungen nicht zu einem Ergebnis und ziehen sich auf ihre Standpunkte zurück. Der Mediator schlägt die Möglichkeit vor, zu einem cooperative Practice Verfahren überzugehen und verweist auf eine Rechtsanwältin, mit welcher er gelegentlich kooperiert. Beide Medianden wünschen den Übergang zu diesem Verfahren und verständigen sich, dass die Ehefrau die kooperierende Rechtsanwältin konsultiert und der Ehemann durch den bisherigen Mediator in diesem Verfahren vertreten werden soll. Es kommt daraufhin zu einer vierseitigen Vereinbarung, in welchem sich die Anwälte und die Mandanten dazu verpflichten, unter Wahrung der Vertraulichkeit zu einer gemeinsamen Lösung zu kommen. In dem folgenden Verfahren wird eine Trennungs- und Scheidungsfolgenvereinbarung ausgearbeitet. Die Mandanten werden im einvernehmlichen Scheidungsverfahren durch die jeweiligen Anwälte vertreten.

In dem eben beschriebenen Beispielsfall, wie ähnlichen Fällen muss der Wille der Parteien unter dem Gesichtspunkt der Angemessenheit und Verhältnismäßigkeit einer Einschränkung der Berufsausübungsfreiheit (s.o. Rn. ■■) beachtlich sein. Insbesondere der Gesichtspunkt der Eigenverantwortlichkeit¹⁵¹ spricht gerade in auf eine Mediation folgende Verfahren, in welchen die Parteien weiterhin eine einvernehmliche Lösung suchen, für die Beachtlichkeit des Einverständnisses. Weiterhin muss dies erst Recht für Verfahren gelten, in denen der vormalige Mediator keinen Rollenwechsel vollzieht, da er eben die Eigenverantwortung für die Gestaltung einer Lösung und dem Umgang mit dem Konflikt bei seinem Auftraggeber belässt, wie im Falle eines nachfolgenden Coachings oder der nachfolgenden Klärungshilfe.

- 59 Für den Fall der Nachbefassung könnte man jedoch auch schon in Frage stellen, ob die Regelung überhaupt **geeignet** ist, sicher zu stellen, dass nach einer gescheiterter Mediation erlangte Informationen durch einen der Medianden zum Nachteil des Konfliktpartners ausgenutzt werden.

In der Regel vereinbaren die Parteien untereinander einen so genannten „sicheren Rahmen“, der festlegt, dass keine Informationen, die im Rahmen der Mediation erlangt werden, nach einer gescheiterten Mediation gegeneinander verwendet werden können. Dies stellt eine **Vertraulichkeitsvereinbarung** der Medianden untereinander dar. Eine solche ist im Übrigen unter den Medianden auch nach Verabschiedung des Mediationsgesetzes weiterhin unbedingt erforderlich, da sich die Verschwiegenheitsverpflichtung aus § 4 MediationsG nicht auf die Medianden selbst bezieht.

Es wird angenommen, dass Sachinformationen und entsprechender Vortrag, die entgegen einer vertraglichen Vereinbarung der Parteien dennoch in einen nach-

151 Erb a.a.O.

folgenden Zivilprozess eingebracht werden, unerheblich sind und bei einer Gerichtsentscheidung nicht berücksichtigt werden dürfen, bzw. zu einer Einrede des jeweils Benachteiligten aus der Vertraulichkeitsabrede führen¹⁵². Die vorprozessuale Verwendung stellt zwar ein Vertragsbruch dar, doch dieser ist nur bei Vereinbarung einer Vertragsstrafe sanktioniert.

Hier stellen sich einige praxisrelevante Probleme und Fragen bezüglich der erlangten Informationen:

In den seltensten Fällen wird in einer Mediation vorher festgehalten, welchen Informations- und Wissensstand die Parteien gegenseitig haben. Über ausgetauschte Informationen müsste es ein Verlaufsprotokoll einer jeden Mediationsstunde geben. Üblich sind in der Regel jedoch Ergebnisprotokolle.

Im Zweifel ist deshalb äußerst schwer zu belegen, welche Informationen tatsächlich im Rahmen der Mediation erlangt wurden.

Weiterhin werden sensible Informationen in einer Mediation erst dann durch einen Medianden preisgegeben, wenn das Vertrauen der Parteien in das Gegenüber im Laufe des Mediationsprozesses schon weit fortgeschritten ist. Doch dann ist eben das Scheitern des Mediationsprozesses sehr unwahrscheinlich. Praxisrelevant erscheint also nur der außergewöhnliche Fall zu sein, in welchem ein Mediand von vornherein nur die Absicht hat, an Informationen im Rahmen einer Mediation zu gelangen, die er danach für sich und gegen die andere Partei verwenden kann. Doch auch eine solche versteckte Absicht würde sich vor einem erfahrenen Mediator wohl kaum verbergen lassen.

In dem Fall, dass der Rechtsanwaltmediator tatsächlich das nunmehr streitige Mandat nach Mediation mit Einverständnis der Medianden weiterführen wollte, dürfte auch dieser, ebenso wie ein dritter Rechtsanwalt Beweise nicht verwerten und würde ggf. eine Vertragsstrafe gegen seinen Mandanten auslösen, falls er Informationen verwendet, die eben in der Mediation erlangt sind. Wie oben festgestellt, wäre eine parteiliche Vertretung nachdem der Anwalt allparteilicher Mediator war ein krasser Bruch mit der vorherigen Rolle, die vor allem ohne Einverständnis des anderen Medianden ein unwürdiges Verhalten darstellt. Auch wenn die Weiterführung äußerst effizient wäre, da der Anwaltmediator schon in die Materie eingedrungen ist und ein nachfolgender Berater oder Rechtsanwalt sich erst mühevoll Zugang zur Materie erarbeiten müsste.

Auf jeden Fall würde der Zweck der Regelung, den Medianden die Sicherheit zu geben, dass erlangte Informationen nicht ausgenutzt werden würde auch schon erreicht, würde die Regelung des Absatzes 4 auf Absatz 2 ausgedehnt. Denn dann könnte ein Mediator z.B. nach einem Scheitern der Mediation nur für eine Partei tätig werden, wenn beide Parteien diesem Tätigwerden ausdrücklich zustimmen.

152 Haft/von Schlieffen/Hartmann § 27, Rn. 33.

Dies würde sicherstellen, dass der sichere Rahmen genau wie die Mediationsvereinbarung unbedingt gewahrt bleibt, außer die Parteien legen hierauf – aus welchen Gründen auch immer – keinen Wert. Auch dann könnten die Medianden von Beginn der Mediation an sicher sein, dass der Mediator nur im ausdrücklichen Einverständnis beider das Mandat weiterführen würde und auf diese Weise wäre die notwendige Offenheit und das Vertrauen in die Allparteilichkeit des Mediators abgesichert.

Der Gesetzgeber schießt also mit seinem absoluten Tätigkeitsverbot über das Ziel hinaus und die Regelung beinhalten somit einen nicht erforderlichen Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit des Mediators/Anwaltmediators und zugleich einen eben solchen Eingriff in die Privatautonomie der Klienten.

12. Unvereinbarkeit mit dem Sinn und Zweck des Gesetzes.

Durch das absolute Tätigkeitsverbot wird, wie dargestellt, in vielen Fällen eine Mediation auch nach vorherigen Tätigkeiten wie Coaching, psychologischer Beratung, betriebswirtschaftlicher Beratung und anwaltlicher Beratung im übergeordneten Einigungsinteresse und eben auch nach Ausloten der Mediationswilligkeit und – Möglichkeit unmöglich gemacht. Gerade in solchen Fällen besteht jedoch schon ein Vertrauensverhältnis zumindest einer Partei und der Mediator konnte sich bereits ein Bild über die Hintergründe des Konfliktes machen, so dass aus Klienten-, als auch aus Mediatorensicht eine weitere Tätigkeit als äußerst sinnvoll erscheint. Wie dargestellt sind auch viele Fälle denkbar, in denen nach „gescheiterter“ Mediation der ehemalige Mediator weiterhin in der Absicht und dem Auftrag, die einvernehmliche Lösung durch den Klienten zu fördern tätig werden möchte. Der Fall der nachfolgenden parteilichen Beratung und Vertretung stellt hier einen Sonderfall dar. Sinn des Gesetzes ist es jedoch, die Mediation und die außergerichtliche Streitbeilegung zu fördern. Diesem Zweck würde am ehesten gerecht, würde den Klienten freigestellt, mit welchem Mediator sie kontrahieren, sofern sie nur umfassend über die Vorbefassung des Mediators in Kenntnis gesetzt wurden, bzw. einer nachträglichen Tätigkeit, ggf. sogar der Parteivertretung ausdrücklich zustimmen könnten. Dies entspräche auch am ehesten dem Leitmotiv des Mediationsgesetzes – der Autonomie der Parteien¹⁵³.

153 Greger/Unberath § 2 Rn. 2.

13. Unvereinbarkeit mit wesentlichen Grundgedanken der Mediation

Für eine Beachtlichkeit des Einverständnisses der Medianden spricht auch der Grundgedanke der Eigenverantwortung in der Mediation, sowie die Rolle und Funktion des Mediators.

Ein wesentlicher Grundpfeiler der Mediation ist die **Eigenverantwortung der Medianden**, nach welchem die Medianden für die Inhalte den Fortgang der Mediation und die Lösung ihres Konfliktes verantwortlich sind. Nicht nur die Privatautonomie der Klienten, sondern auch vor allem dieser Grundgedanke wird durch die absolute Schranke ohne Einwilligungsmöglichkeit durch den Gesetzgeber nicht berücksichtigt. In diesem Sinne sollte den Parteien die Auswahlhoheit über das jeweilige Konfliktlösungsverfahren als auch die Person des Mediators überlassen werden.

Weiterhin entspricht es dem üblichen Prozedere in der Mediation, **Einzelgespräche** mit den Medianden zu führen. Dies ist jetzt auch im Mediationsgesetz in § 2 ausdrücklich geregelt. Dies findet häufig auch zu Beginn einer Mediation statt, wenn es den Erfordernissen der Situation und den Interessen der Klienten entspricht. Würde man das Gesetz eng auslegen, würde ein solches Prozedere vereitelt, sofern noch kein gleichzeitiger und gemeinsamer Auftrag der Medianden vorläge. Wenn ein Mediator die mediative Grundhaltung und die mediative Kommunikation auch bei Vorgesprächen zu einem Zeitpunkt, in dem ein Auftrag zur Mediation der Mandanten noch nicht erteilt ist, einhält und den Streitstoff inhaltlich beim Medianden belässt, ist die Gefahr einer Parteilichkeit praktisch ausgeschlossen.

14. Das Vorbefassungsverbot in den EU- Vorgaben

Eine **Zustimmungsmöglichkeit** der Medianden nach umfassender Aufklärung entspricht auch den **europäischen Vorgaben**, den Umsetzungen der **Mediationsrichtlinie** in den meisten europäischen Ländern, sowie den Vorgaben des anglo-amerikanischen Rechts.

Der **europäische Verhaltenskodex für Mediatoren** aus dem Jahr 2004 sieht in 2.1. Satz 3 vor, dass ein Mediator die Mediationstätigkeit aufnehmen oder fortsetzen darf, wenn er sicher ist, dass er die Aufgabe vollkommen unabhängig durchführen kann und wenn die Parteien ausdrücklich zustimmen¹⁵⁴. Die **Richtlinie des europäischen Parlaments** und des Rates vom 21.5.2008 als Grundlage des deutschen Gesetzes sieht überhaupt keine Tätigkeitsbeschränkung vor¹⁵⁵.

¹⁵⁴ Europäischer Verhaltenskodex für Mediatoren, Deutsche Version, abgedruckt in ZKM 2004 48; Mediationsreport 8/2004, S. 3.

¹⁵⁵ Richtlinie 2008/52/EG, ABl. EU 2008 L 136, S. 3–8.

62 Im Vergleich mit der Umsetzung der Richtlinie in anderen europäischen Ländern ist festzustellen, dass Deutschland mit dem absoluten Tätigkeitsverbot die strengsten Anforderungen im Hinblick auf die Konkretisierung des Begriffs der Unparteilichkeit normiert hat. Einige Länder (Luxemburg¹⁵⁶, Niederlande¹⁵⁷ und Frankreich¹⁵⁸) geben lediglich gesetzlich das Prinzip der Unparteilichkeit bzw. Neutralität des Mediators vor, ohne überhaupt ein Tätigkeitsverbot zu normieren. Überwiegend wird jedoch noch eine Offenbarungspflicht des Mediators festgeschrieben für solche Umstände, die Zweifel an seiner Unparteilichkeit begründen bzw. zu Interessenskonflikten führen können, mit der Folge, dass die Parteien einer dann folgenden Mediation zustimmen müssen, bzw. dürfen (so in Slowenien, Litauen¹⁵⁹, Tschechien, Irland im Gesetzesentwurf¹⁶⁰, Spanien¹⁶¹ und Norwegen¹⁶², anders nur in Slowenien und Tschechien). Österreich z.B. verbietet zwar die Vor- und Nachbefassung des Mediators in derselben Sache, jedoch mit der Einschränkung, dass der Mediator zur Umsetzung des Mediationsergebnisses im Rahmen seiner sonstigen beruflichen Befugnisse und mit der Zustimmung aller Parteien tätig werden darf¹⁶³. Lediglich in Malta wird bestimmt, dass der Mediator im Fall eines Interessenskonflikts nicht tätig werden darf oder in Litauen, wo der Mediator nicht in der gleichen Sache als Rechtsanwalt oder Stellvertreter tätig werden, als Schiedsrichter oder Richter hingegen mit der Zustimmung der Parteien schon. Tschechien bestimmt ein Verbot der Rechtsberatung durch den Mediator in einem Konflikt den er mediiert (hat), lässt jedoch anderweitige Tätigkeiten zu.

156 Titre II – De la médiation, Chapitre Ier. – Principes généraux, Art. 1251–2 nur Verweis auf die Unparteilichkeit des Mediators, <http://www.legilux.public.lu/leg/a/archives/2012/0037/a037.pdf>.

157 Art. 1 Wet implementatie richtlijn nr. 2008/52/EG betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken), veröffentlicht im Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden Nr. 570/2012.

158 Article 131–5 Nr. 5 Titel VI bis (La médiation) des 1. Buches Code de procédure civile, Loi n° 95–125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative.

159 Art. 4 Nr. 4, litauische Gesetz über außergerichtliche Mediation in Zivilrechtsstreitigkeiten vom 15. Juli 2008 (*No X-1702*, zuletzt geändert: 24. Mai 2011 durch Gesetz *No XI-1400*, *Law on Conciliatory Mediation in Civil Disputes*).

160 Z.B.: Titel 7 Abs. 2b Mediation Bill 2012 European Communities (Mediation) Regulations 2011, Draft General Scheme of Mediation Bill 2012 (Irland), <http://www.justice.ie/en/JELR/MedBillGSFinal.pdf/Files/MedBillGSFinal.pdf>.

161 Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles), Boletín Oficial del Estado Nr. 56 vom 6.3.2012, <http://www.boe.es/boe/dias/2012/03/06/pdfs/BOE-A-2012-3152.pdf>.

162 Abschnitt 7–2 Abs. 2 Act of 17 June 2005 no. 90 relating to mediation and procedure in civil disputes (*The Dispute Act*), <http://www.ub.uio.no/ujur/ulovdata/lov-20050617-090-eng.pdf>.

163 Gesetz zur Umsetzung der RL Bundesgesetz, (Bundesgesetz, I Nr. 21/2011, Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich (BGBl.), number: I Nr. 21/2011.

Dem Angloamerikanischen Mediationskontext ist ebenfalls ein absolutes Tätigkeitsverbot fremd und das Einverständnis von Mandanten im anwaltlichen Berufsrecht erheblich¹⁶⁴. So regelt z.B. der Ohio Mediation Act, dass der Mediator seine Vorbefassung lediglich offenbaren muss, und die Parteien in eine nachfolgende Mediation einwilligen können¹⁶⁵. In England ist keine gesetzliche Regelung ergangen. Der wesentliche Gesichtspunkt bei Nachbefassung im common law ist, dass eben sichergestellt wird, dass sensible Informationen nicht durch die gegnerische Partei im Nachgang ausgenutzt werden können¹⁶⁶.

Das bundesdeutsche absolute Vorbefassungsverbot für sämtliche anderweitigen Tätigkeiten scheint also die Ausnahme und ist wohl nur vor dem Hintergrund (überkommenen) anwaltlichen Standesrecht erklärlich.

15. Fazit

Nach der hier vertretenen Auffassung verstößt die gesetzliche Regelung des Mediationsgesetzes in der jetzigen Fassung gegen die grundgesetzlich geschützte Berufsausübungsfreiheit des Mediators sowie gegen die Privatautonomie der Parteien. Sie ist verfassungskonform dahingehend auszulegen, dass die Zustimmung der Parteien sowohl in den Fällen der Vor- als auch der Nachbefassung beachtlich ist. Die gesetzliche Regelung, bzw. deren Auslegung trägt insbesondere der Differenzierung einer Tätigkeit nach deren Qualität keine Rechnung, was angesichts des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes notwendig wäre¹⁶⁷. Diese Auslegung ist auch im Sinne europarechtlicher und anglo-amerikanischer Vorgaben. Insbesondere der Anwaltsberuf ist über die ausschließliche Interessenvertretung hinausgewachsen und das Berufsfeld hat sich radikal erweitert¹⁶⁸. Es ist die Aufgabe der Berufsgruppe der Konflikt- oder Einigungsmanager, innovativ unterschiedliche Verfahrensmodellen in Absprache mit den Parteien zu kombinieren und auf die Bedürfnisse der Klienten und die Anforderungen des Einzelfalls maßzuschneidern um zu immer mehr einvernehmlichen Lösungen zu Konflikten beizutragen¹⁶⁹.

Dies entspricht auch der kulturellen gesellschaftlichen Weiterentwicklung hin zu größerer Eigenverantwortung von Individuen, deren Ausdruck die Mediation ist¹⁷⁰.

164 Henssler/Prütting/Henssler § 3 BORA Rn. 20.

165 <http://codes.ohio.gov/orc/2710.08>.

166 S.o. Rn. ■■; für die Vorbefassung sieht allerdings die Corss-Border-Mediation (EU Directive Regulations 2011) ein absolutes Tätigkeitsverbot vor.

167 S.o. Rn. ■■; vgl. BVerfG NJW 2003 2520, wonach eben eine Einzelfallbetrachtung notwendig ist.

168 Vgl. Schlosser NJW 2002 1376 ff.

169 So auch Haft/von Schlieffen/Risse/Wagner a.a.O. Rn. 109.

170 Im Zuge dieser Entwicklungen ist eine beständig wachsende neue Gesellschaftsschicht entstanden, die sogenannten „kulturell Kreativen“. In Nordamerika macht diese Schicht schätzungs-

III. Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen Tätigkeitsverbote

- 63 Nach der engen Auslegung des Gesetzestextes darf ein Mediator in den Fällen des Absatzes 2, also eigener Vor- oder Nachbefassung nicht mehr tätig werden, unabhängig vom Willen der Parteien. Seine **Tätigkeit hat er niederzulegen**. In den Fällen des Absatzes 3 wäre ein Tätigwerden nach umfassender Aufklärung und Zustimmung der Parteien möglich. Nach der hier vertretenen Auffassung könnte der Mediator im allseitigen Einvernehmen und nach umfassender Aufklärung auch in den Fällen des Absatzes 2 tätig werden, zumindest und so lange diese Tätigkeit keine parteiliche Vertretung oder anwaltliche Beratung im „klassischen“ Sinne ist.
- 64 Bei einer Fortführung der Tätigkeit nach Mediation oder einer Mediation nach bereits erfolgter Tätigkeit für eine Partei – im hier vertretenen Sinne ohne entsprechende Zustimmung – wäre ein entsprechender **Vertrag** wegen des Verstoßes gegen die gesetzliche Regelung nach herrschender, nicht unumstrittener Auffassung **nichtig** (§ 134 BGB)¹⁷¹.

Es ist weiterhin umstritten, ob der vorbefasste Mediator einen Anspruch auf das Honorar für die bereits geleisteten Dienste hat. Dies verneint die wohl herrschende Auffassung unter Bezugnahme auf § 134 BGB, wonach der Vertrag eben nichtig sei¹⁷². Nach dieser Auffassung wäre ein bereits bezahltes Honorar an die Medianden zurückzuzahlen (§ 812 Abs. 1 Satz 1 1. Alt. BGB). Nach anderer Auffassung behält der Mediator seinen Anspruch auf die bereits geleisteten Dienste, wenn er seine Tätigkeit einstellt, nachdem er die Neutralitätsbeeinträchtigung festgestellt hat und die Parteien an den bisherigen Dienstleistungen ein Interesse hatten¹⁷³. Nach differenzierender Meinung hat der Mediator immerhin einen Anspruch auf Wertersatz gegen die Medianden, wenn er sich eines Verbotes nicht bewusst war, oder er nicht leichtfertig davon ausgegangen ist, er habe befugtermaßen gehandelt¹⁷⁴.

weise eine Bevölkerungsgruppe von 50 Millionen Menschen aus. In Deutschland liegt der Anteil mit regionalen Unterschieden zwischen 15 und 30 % der Bevölkerung. Menschen dieser Gruppe zeichnen sich unter anderem dadurch aus, dass sie umweltbewusst sind, pragmatisch und ganzheitlich denken und handeln, flexibel und mobil sind, auf biologische und hochwertige Ernährung achten, nachhaltig wirtschaften und ihnen ein toleranter, liberaler und menschlicher Umgang miteinander wichtig ist (weiterführende Lit: *Wenzel/Kirig/Rauch* Zielgruppe Lohas).

171 Vgl. zum anwaltlichen Berufsrecht *Deckenbrock* AnwBl **2010** 221, 224; a.A. *Knöfel* AP Nr. 1 zu § 43 BRAO; BGH NJW **2003** 3692, 3693, wonach den berufsrechtlichen Verhaltensnormen keine Wirkung in der Privatrechtsordnung zukomme.

172 Siehe etwa OLG München NJW **1997** 1313, 1314; LG Koblenz NSTz-RR **1998** 96; AG Arnsberg NJW-RR **1999** 63, 64.

173 *Greger/Unberath* a.a.O., Rn. 43 unter Verweis auf §§ 627, 628 Absatz 1 Satz 2 1. Alternative BGB; s.o. Rn. ■■.

174 *Deckenbrock* a.a.O. S. 226 unter Verweis auf § 817 Satz 2 BGB.