

Kapitel 1 Mediation – Einführung

Dr. Sabine Renken

Mediation ist eine effiziente Methode, Konflikte zu lösen. Sie bietet sich an, wenn es gilt, Geschäfts- und andere Beziehungen zu erhalten oder Streitigkeiten zwischen Vertragspartnern zu bereinigen, in eigentlich allen Bereichen des Rechts, wo die Parteien sich in etwa gleichberechtigt gegenüberstehen. Gerade in der Bau- und Immobilienbranche, wo eskalierende Konflikte besonders kosten- und zeitintensiv verlaufen, macht Mediation Sinn. Zumal sich baurechtliche Streitigkeiten in den meisten Fällen wenig lohnen. **1**

Mediation ist ein Weg zur Konfliktlösung für jeden, der selbstbestimmt (ver-)handeln möchte, in Optionen denkt, die Sache grundsätzlich versteht, kreativ mit Verstrickungen umgehen und die Wahrheit des anderen respektieren will. Mediation bietet Klärungshilfe für das eigentliche Problem und Fokussierung auf gewinnbringende Lösungen. Sach- und Beziehungsprobleme im weitesten Sinne werden zur Lösung des Konfliktes mit einbezogen. **2**

Der Mediator unterstützt die Parteien auf deren Weg zu einer Einigung. Das Verfahren zielt darauf, den Parteien eine autonome Entscheidung Ihres Konfliktes unter Beachtung der gemeinsam zu erarbeitenden Lösungen zu ermöglichen. Dabei geht es darum, dass die Parteien alles, was sie selbst für wichtig halten, thematisieren und diskutieren sowie in der gemeinsam zu findenden Lösung berücksichtigen können. Das können sowohl rechtliche als auch solche Aspekte sein, die eher nicht justizierbar sind (wie z. B. Aussichten für eine spätere Zusammenarbeit). **3**

I. Konfliktlösungsmethoden außerhalb der staatlichen Gerichtsbarkeit – Alternativen, Abgrenzung

Die Mediation steht neben und auch durchaus in Konkurrenz zu anderen alternativen Konfliktlösungsverfahren, die aber auf grundsätzlich anderen Prinzipien fußen – sie sollen hier in Abgrenzung zur Mediation zunächst kurz vorgestellt werden. **4**

1. Schiedsgericht

In der Bau- und Immobilienwirtschaft werden Konflikte außerhalb der staatlichen Gerichte auch mit Schiedsverfahren gelöst. Vor den Schiedsgerichten gelten bestimmte prozessuale Regeln, und der Streit wird entlang dem geltenden Recht entschieden, wenn kein Vergleich zustande kommt. Die Vorteile eines solchen Verfahrens sind, dass die Parteien sich die Richter selber aussuchen können, und eine in der Regel zügige Bearbeitung des Verfahrens durch das Schiedsgericht, welches ja nur für den jeweiligen Fall einberufen wird. Nachteile sind die oft immensen Kosten und das zeitraubende Procedere der Auswahl der Schiedsrichter sowie der Beweiserhebung. **5**

2. Schlichtung

- 6 Daneben hat sich die Schlichtung etabliert, die sich flexibler gestalten lässt. Der von den Parteien nach seiner Fachkompetenz ausgewählte Schlichter würdigt, gelegentlich auch ohne Klärung der streitigen Punkte im Detail, den Vortrag der Parteien nach Plausibilität, und trifft eine Entscheidung, welche je nach Vereinbarung der Parteien für diese entweder verbindlich ist oder als Empfehlung abgegeben wird. Auch bei einer Schlichtung können die Parteien den Entscheider selbst bestimmen und mit einer schnellen Lösung rechnen.¹ Der Nachteil einer verbindlichen Schlichtung ist, dass, wenn auf eine vollständige Klärung aller Einzelheiten des Falls verzichtet wird, die Ergebnisse für die Parteien dann eventuell unbefriedigend sein können. Deshalb haben die meisten Schlichtungen eher Empfehlungscharakter – eine endgültige Lösung des Konfliktes erfolgt dann aber nicht, die Parteien landen ggf. doch noch vor einem staatlichen Gericht und haben viel Zeit und Geld verloren.
- 7 Es gibt allerdings auch Schlichtungen, in denen der Schlichter mit mediativen Kompetenzen arbeitet, das heißt, er versucht, die Parteien mit den Methoden der Mediation einander näher zu bringen und zu einer Lösung zu führen, die dann von den Streitenden eher akzeptiert wird als eine weniger auf Kooperation bauende Entscheidung des Schlichters.

3. Adjudikation

- 8 Bei der Adjudikation wird, ähnlich wie bei der unverbindlichen Schlichtung, vom Adjudikator ein Vorschlag gemacht, der nur verbindlich wird, wenn er von den Parteien nicht innerhalb einer bestimmten Frist angegriffen wird. Die Entscheidung des Adjudikators soll in einem Zeitraum von 6–8 Wochen gefällt werden; er ist berechtigt, eigene Ermittlungen durchzuführen. Vorteil der Adjudikation ist das straffe Zeitmanagement, auch in Hinblick auf die Klärung, ob die Parteien die Entscheidung akzeptieren oder nicht.² Allerdings haben die Parteien deutlich weniger Zeit für ihren Vortrag, und es gibt keine festen Regeln, wie der Adjudikator seine Entscheidung zu treffen hat, etwa hinsichtlich der Prüfbarkeit einer Rechnung oder der Nachtragsbegründung. Außerdem sind die Rechtsfolgen getroffener Entscheidungen nicht klar, wie etwa, was passiert, wenn der Adjudikationspruch von einem staatlichen Gericht aufgehoben wird und bis dahin bei einer der Parteien aufgrund des Spruchs finanzielle Schäden eingetreten sind.
- 9 Dennoch kann die Adjudikation in Fällen, in denen während des Bauprozesses eine schnelle Entscheidung getroffen werden muss, durchaus eine geeignete Methode zur Streitbeilegung sein.³

1 Vgl. dazu: May/May/Goltermann, Schlichtung in der wirtschaftsrechtlichen Praxis.

2 Zur Adjudikation: Lembcke/Gralla/Sundermeier: Adjudikation – effizientes Baukonfliktmanagement im Expertenverfahren, in: Festschrift anlässlich des 30-jährigen Bestehens des Institutes für Baubetrieb der TU Darmstadt, S. 109–122.

3 Wagner, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation § 34 Rn. 4.

4. Schiedsgutachten

Schließlich gibt es das sogenannte Schiedsgutachten, mit welchem die Parteien gemeinsam einen Gutachter beauftragen, technische Fragen, das Honorar oder gar die rechtliche Einordnung für alle verbindlich zu klären. Dazu müssen natürlich erst einmal die Aufgaben und die vom Schiedsgutachter zu beantwortenden Fragen möglichst genau definiert werden. Auch muss man sich auf einen Gutachter einigen – was im Streitfall schon eine Herausforderung für sich sein kann. Die Parteien müssen aber auch mit einem unliebsamen Ergebnis leben, wenn man sich auf die Rechtsverbindlichkeit des Schiedsgutachtens geeinigt hat – die Bindungswirkung kann im Zweifel nur dann verneint werden, wenn das Schiedsgutachten grob unbillig ist, d. h. an schwerwiegenden Verfahrens- oder Begründungsmängeln leidet. 10

All diese Verfahren⁴ haben eines mit der staatlichen Gerichtsbarkeit gemeinsam: die Parteien beauftragen einen Dritten, für sie zu entscheiden und geben die Verantwortung für eine Lösung ihres Konfliktes ab. Das heißt, sie delegieren ihre Entscheidung und verlieren an Selbstbestimmtheit und Autonomie. Tatsächlich werden auch die gerade skizzierten alternativen Konfliktlösungsverfahren von den Beteiligten in der Bauwirtschaft nur relativ selten genutzt. Immer noch ist – nach den Verhandlungen – das Gerichtsverfahren der Standard bei der Konfliktbewältigung.⁵ 11

II. Mediation

In der Mediation behalten die Parteien ihre Autonomie, sie geben die Entscheidung nicht an ein Gericht oder einen Schlichter ab, sondern treffen sie selbst – und genau das ist der Grund, warum dieses Verfahren für die Bau- und Immobilienwirtschaft so geeignet und in diesem Kontext auch so erfolgreich ist. Tatsächlich kann man von Erfolgsquoten von bis zu 80 % ausgehen. Wie das funktioniert, wollen wir Ihnen in diesem Beitrag zeigen. 12

Mediation ist ein Verfahren der Konfliktlösung, in welchem der Mediator als neutraler Dritter zwischen den Parteien vermittelt und sie dazu anleitet, wieder kooperativ und lösungsorientiert miteinander zu kommunizieren, um ein möglichst für alle Parteien gutes Ergebnis zu erreichen und so ihre eigene, konsensuale Lösung des Konfliktes zu finden. Dabei behalten die Parteien ihre Entscheidungsmacht – das macht die erarbeiteten Lösungen nachhaltiger, erhält im besten Fall das Arbeitsbündnis zwischen den Parteien und verhindert eine Trennung nach dem Streit, was etwa in laufenden Bauprozessen ein echter Gewinn ist. Am Ende des Prozesses sollten die Parteien eine Lösung vereinbaren können, auch wenn sie sich das am Anfang ihrer Auseinandersetzung nicht vorstellen konnten. 13

4 Außer vielleicht die unverbindliche Entscheidung eines Schlichters, der mediativ arbeitet, s. o. unter Rn. 6 ff.

5 Hagsheno/Schilling Miguel, ZKM 2018, 170 ff.

- 14** Meistens sehen die Streitenden erst einmal keine Optionen für eine Einigung. Oder sie sehen eine Lösung, können sich aber nicht verständigen. Also brauchen sie jemanden, der ihnen dabei hilft, ihren Konflikt zu bearbeiten. Der Mediator führt die Parteien zu ihrer eigenen Lösung. Das funktioniert über das Herausarbeiten der Interessen, das Überwinden von Einigungshindernissen und das Finden alternativer Lösungsoptionen. Wichtig ist dabei, dass die Rolle des Mediators die eines neutralen Vermittlers und nicht die des Entscheiders ist; der Mediator ermöglicht den Parteien eine Einigung, welche sie selbst finden und gestalten können.
- 15** Mediation kommt von dem lateinischen Verb *mediare*, das bedeutet „in der Mitte sein“, und definiert die Rolle des Mediators. In der Mediation sind die Parteien gefordert, selbst an der Lösung mitzuarbeiten, wobei ihnen der Mediator als neutraler Dritter behilflich ist. Als konsensuales Verfahren im Gegensatz zu einem Entscheidungsverfahren hat die Mediation viele Vorteile.

1. Entwicklung der Mediation

- 16** Die Mediation wie wir sie heute kennen hat ihren Ursprung in dem sachbezogenen Verhandlungskonzept, wie es Roger Fisher und William Ury 1981 entwickelt haben.⁶ Das sogenannte „Harvard Konzept“ beruht auf dem an sich einfachen Motto: „Hart in der Sache – weich zu den Menschen“, und auf folgenden vier Grundprinzipien:
- Menschen und Probleme getrennt voneinander behandeln
 - Auf Interessen konzentrieren, nicht auf Positionen
 - Entwickeln von Entscheidungsmöglichkeiten zum beiderseitigen Vorteil
 - Anwendung objektiver Beurteilungskriterien
- 17** Das Ziel der Verhandlung ist eine Übereinkunft, welche die guten Beziehungen der Parteien erhält, in der beide Seiten mitnehmen, was sie brauchen – oder, wenn beide das Gleiche brauchen, es fair teilen – und die zeiteffizient verhandelt werden kann, weil die Parteien nicht auf ihre Positionen bestehen.
- 18** Das Harvard-Konzept unterscheidet zwischen den beiden Kommunikations-Ebenen: der des Sachinhaltes, also der zu verhandelnden Übereinkunft, und der Verhandlungsführung, einer Meta-Ebene. Dabei wird Wert darauf gelegt, die Interessen der Beteiligten zu thematisieren, und nicht die vorab eingenommenen Positionen zu zementieren. Die Konfliktparteien müssen ihre Interessen kommunizieren und die der jeweiligen Gegenseite wahrnehmen und wertschätzen, um zu einer allen möglichst gerecht werdenden Lösung zu kommen.
- 19** Auch der Umgang mit Emotionen wie Verunsicherung, Ärger oder Wut muss geklärt werden. Hinter den Gefühlen, die Verhandlungspartner in einem Konflikt andeuten oder zeigen, stecken Grundbedürfnisse wie die nach Autonomie, Anerkennung oder Verbundenheit, das Bedürfnis, eine sinnvolle Aufgabe zu erfüllen und der Wunsch, fair beurteilt und anerkannt zu werden.⁷ Emotionen

⁶ Fisher/Ury/Patton, Das Harvard-Konzept.

⁷ Fisher/Ury/Patton, Das Harvard-Konzept, S. 62.

müssen angesprochen und anerkannt werden, auch soll man dem anderen erlauben, Dampf abzulassen, ohne darauf negativ zu reagieren.

Für die Suche nach Lösungen empfehlen Fisher/Ury das Brainstorming und stellen Regeln dafür auf. In dieser Phase der Verhandlung soll nicht versucht werden, die eine richtige Lösung zu finden, sondern zunächst die Verhandlungsspielräume zu erweitern – so können Optionen ausgebaut und vervielfältigt werden. Am Ende kann ein Verhandlungsergebnis stehen, das für alle Beteiligten eine akzeptable und nachhaltige Lösung darstellt. **20**

Natürlich hat sich seit der Veröffentlichung dieses Standardwerkes in der theoretischen und praktischen Diskussion über Mediation eine Menge getan – aber die Grundprinzipien der Harvard Methode bilden noch heute die Eckpfeiler gelungenen Verhandeln, und auch der Mediation. **21**

In Deutschland ist die Mediation zunächst im Zusammenhang mit Familiensachen und Scheidungsverfahren bekannt geworden. Aber auch im Wirtschaftsrecht gewinnt Mediation als alternative Konfliktlösungsmethode zunehmend an Bedeutung. Ihre Methoden und Techniken wurden weiterentwickelt und evaluiert. Da die staatlichen Gerichtsverfahren nicht nur aus Zeit- und Kostengründen unvorhersehbare Risiken mit sich bringen, entwickelt sich ein zumindest theoretisches Interesse an der Mediation, auch wenn sie sich im Wirtschaftsleben noch nicht überall durchgesetzt hat. Das Inkrafttreten des Mediationsgesetzes im Jahre 2012 hat sicherlich noch einmal dazu beigetragen, der Mediation zu mehr Öffentlichkeit und Legitimität zu verhelfen, vielleicht auch zu mehr Akzeptanz als Streitbeilegungsverfahren. Alternative Konfliktbearbeitungsverfahren werden in der Wirtschaft zwar als vorteilhaft eingeschätzt, jedoch immer noch nicht so häufig eingesetzt, wie es dieser Einschätzung entsprechen würde.⁸ **22**

2. Konfliktanalyse

Nicht jeder Konflikt ist geeignet für eine Mediation. Es gibt Streitigkeiten, die bereits derartig eskaliert und in welchen die Fronten so verhärtet sind, dass eine Verständigung auch in der Mediation nicht mehr möglich ist. Das kann zum Beispiel in Familien- oder Erbstreitigkeiten der Fall sein. Bei Konflikten in Planungs- oder Bauprojekten liegen die Probleme zumeist jedenfalls vordergründig eher auf der sachlichen Ebene. Dennoch empfiehlt es sich, vor Beginn eines Mediationsverfahrens zu prüfen, inwieweit eine Mediation sinnvoll ist. **23**

Friedrich Glasl hat 1980 sein bekanntes 9-Stufen-Modell zur Analyse des Eskalationsgrades von Konflikten erarbeitet,⁹ welches bei dieser Beurteilung hilfreich ist. Es besteht aus drei Ebenen, die wiederum in jeweils drei Abschnitte unterteilt sind. Die Skala reicht von einfacher „Verhärtung“ bis „gemeinsam in den Abgrund“ und illustriert anschaulich, wie man sich von win-win zu loose-loose bewegen kann, also von einer Situation, in welcher alle noch etwas zu gewinnen haben bis hin zum gegenseitigen Vernichtungskrieg. **24**

⁸ PwC/EUV, Konfliktmanagement in der deutschen Wirtschaft – Entwicklungen eines Jahrzehnts.

⁹ Friedrich Glasl, Konfliktmanagement. Diagnose und Behandlung von Konflikten in Organisationen.

- 25 Es liegt auf der Hand, dass ein Fall sich nicht für die Mediation eignet, wenn bestimmte Eskalationsstufen überschritten sind. Es erfordert ein gewisses Maß an Kooperationsbereitschaft, um den Prozess einer Mediation miteinander zu durchschreiten. Diese Bereitschaft ist bei sehr verhärteten Konflikten oft nicht mehr vorhanden. Ob die Auseinandersetzung ungeeignet für eine Mediation ist, lässt sich zügig mit den Methoden der Mediation klären.

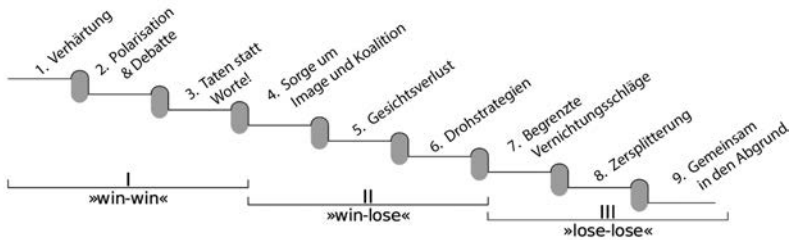


Abbildung 1: Eskalationsstufen nach Friedrich Glasl

- 26 Man kann Konflikte weiter kategorisieren, zum Beispiel in „heiße“ und „kalte“ Konflikte. Heiße Konflikte werden offen ausgetragen und sind als Konfrontation erkennbar. Sie sind vor allem dadurch gekennzeichnet, dass eine Partei die jeweils andere von ihrem Standpunkt überzeugen will oder zu einer von ihr bevorzugten Lösung zu drängen versucht.
- 27 Kalte Konflikte sind eher unsichtbar und werden mit subtilen Mitteln der Sabotage, Blockade und Verzögerung geführt. Es sind Auseinandersetzungen, in denen es manchmal nur noch darum geht, der anderen Partei zu schaden. Oft sind kalte Konflikte das Ergebnis ehemals heißer Konflikte, die nicht gelöst werden konnten. Die Beteiligten sind daher frustriert und desillusioniert, was die Möglichkeit einer einvernehmlichen Lösung betrifft und verhalten sich entsprechend.
- 28 Es gibt viele weitere Kategorisierungen von Konflikten und/oder der Teilnehmer an diesen. Interessant ist auch der Ansatz, die Parteien nach ihrem jeweiligen Konfliktverhalten zu typisieren und herauszufinden, wie sich das jeweils individuelle Verhalten im Konflikt auf eine Auseinandersetzung auswirkt – und wie man bzw. der Mediator am besten damit umgeht. Im Koordinatenkreuz zwischen Kooperationsbereitschaft und Durchsetzungsvermögen lassen sich zwischen Kämpfen, Konkurrieren, Nachgeben und Vermeiden noch viele Schattierungen finden. Eine Darstellung aller dieser Ansätze würde den Rahmen unserer praktischen Einführung allerdings sprengen.

3. Freiwilligkeit

- 29 Ein wichtiges Kriterium für die Mediation ist die „Freiwilligkeit“, sie ist auch im Mediationsgesetz postuliert.¹⁰ Die Parteien müssen dem Verfahren der Media-

¹⁰ § 1 Abs. 1, § 2 Abs. 2 MediationG.

tion zur Lösung ihres Konflikts zustimmen, sonst kann keine Mediation stattfinden. Freiwilligkeit ist schon deshalb eine unverzichtbare Voraussetzung für die Mediation, weil die Parteien selbst die Lösung ihres Konfliktes finden sollen, also einen selbstbestimmten Konsens erreichen müssen. Zwingen kann man sie dazu nicht.

Die Freiwilligkeit ist aber auch gegeben, wenn die Mediation aufgrund einer vor Entstehung des Konfliktes geschlossenen Vereinbarung zustande kommt, was empfehlenswert ist und inzwischen auch immer häufiger praktiziert wird.¹¹ Zunehmend enthalten auch Bauverträge Bestimmungen darüber, wie im Falle eines Konfliktes vorzugehen ist, und nicht selten ist Mediation hier das Mittel der Wahl. Verbindliche (schriftliche) Mediationsklauseln im Vertrag versperren den Parteien im Falle eines Konflikts zunächst den Gang vor das staatliche Gericht und „zwingen“ sie so, es zuerst mit einer Mediation zu versuchen. Zwar nehmen die Parteien dann zunächst unter einem gewissen äußeren Druck an dem Verfahren teil. Diesen haben sie jedoch mit Abschluss ihres Vertrages selbst erzeugt, und auch eine aus freiem Willen geschlossene Vereinbarung kann Pflichten auslösen. Es ist eine der Aufgaben des Mediators, die Teilnehmer an diesen ursprünglichen Konsens vor oder während des Verfahrens zu erinnern und sie dafür zu interessieren.

Der Gedanke der Privatautonomie, der hinter der Forderung nach Freiwilligkeit steht und in unserem Rechtssystem Verfassungsrang hat,¹² beinhaltet auch die Freiheit, sich nicht einigen zu müssen, das ist die andere Seite der Vertragsfreiheit. Diese inhaltliche Freiheit ist für die Mediation besonders wichtig, da ein Zwang zur Einigung dem Prinzip der Mediation diametral entgegensteht. Daher bedeutet das Prinzip der Freiwilligkeit auch, dass jede der Parteien die Mediation jederzeit beenden kann, und eben keine (vertragliche) Einigung zustande kommt.

In diesem Sinne muss die Freiwilligkeit also zu Beginn und bis zum Ende der Mediation gewährleistet sein.

4. Vertraulichkeit und Verschwiegenheitspflicht

Eine weitere Bedingung für Mediation ist die Vertraulichkeit. Sie erlaubt der Mediation den geschützten Raum zu schaffen, der notwendig ist, damit sich die Parteien öffnen können, ohne befürchten zu müssen, dass ihre Äußerungen später gegen sie oder überhaupt öffentlich verwendet werden können. Ohne diesen angstfreien Raum ist es schwer bis unmöglich, die von den Positionen oft verdeckten eigentlichen Interessen offenzulegen und entsprechende Zugeständnisse zu machen.

Vertraulichkeit ist einer der essentiellen Grundsätze für eine erfolgversprechende Mediation und auch ein zu recht viel gepriesener Vorteil des Verfahrens. Schließlich ist es in manchen Streitigkeiten durchaus von Vorteil, und zwar für alle Parteien, wenn die ihnen zugrunde liegenden Informationen nicht an die Öff-

11 Musterklauseln gibt es zum Beispiel bei vielen Handelskammern, bei der IHK oder beim MKBau-IMM e.V.: https://mkbauimm.de/wp-content/uploads/181101_MKBauImm_Mediationsklausel.pdf.

12 Di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG (89. EL Oktober 2019) Art. 2 Abs. 1 Rn. 101–115.

fentlichkeit gelangen. In einem staatlichen Gerichtsprozess ist das schon wegen des Prinzips der Öffentlichkeit mündlicher Verhandlungen nicht gewährleistet.

- 34** Soweit im Einzelfall nichts anderes vereinbart wird, postuliert der Vertraulichkeitsgrundsatz auch, dass die in der Mediation preisgegebenen Informationen nicht in einem späteren Gerichtsverfahren oder sonst zum Zwecke der Auseinandersetzung als Vorhalt oder Beweis verwertet werden dürfen. Dabei geht es nicht nur um den Schutz der Parteien, sondern wie gesagt auch um den der Mediation selbst.
- 35** Nach dem Prinzip der Selbstbestimmtheit vereinbaren die Parteien einer Mediation die sie selbst betreffenden Verschwiegenheitspflichten sowie personen-, verfahrens- oder gegenstandsbezogene Verwertungsverbote und damit auch die Reichweite der Vertraulichkeit. Dabei sind sie aber an die Grenzen zwingenden Rechts gebunden, zu denen z. B. die gesetzlichen Aussagepflichten gehören. Nach der Zivilprozessordnung allerdings gibt es ein Zeugnisverweigerungsrecht für den Mediator.¹³
- 36** Aus dem Grundsatz der Vertraulichkeit ergibt sich die Verschwiegenheitspflicht, die in § 4 MediationsG festgeschrieben ist. Das heißt, ein Mediator darf die der Verschwiegenheitspflicht unterliegenden *Informationen außerhalb der Mediation nicht offenbaren*. Er muss grundsätzlich auch das für sich behalten, was eine der Parteien ihm in einem Einzelgespräch anvertraut hat. Die Verschwiegenheitspflicht bezieht sich auf alles, was dem Mediator in Ausübung seiner Tätigkeit als Mediator bekannt geworden ist,¹⁴ das gilt auch für eventuell vom Mediator in die Mediation eingebundenen Personen wie Schreibkräfte oder Co-Mediatoren.
- 37** Die Parteien können mit dem Mediationsvertrag vereinbaren, dass auch sie sich Dritten gegenüber zur Vertraulichkeit verpflichten, und von dieser Möglichkeit wird in der Regel auch Gebrauch gemacht. Sie können sich gegenseitig oder den Mediator aber auch wieder von dieser Pflicht entbinden, zum Beispiel, wenn in einem der Mediation folgenden Gerichtsprozess Aufklärung über die in der Mediation besprochenen Tatsachen gesucht wird – ein eher seltener Fall.¹⁵

5. Der Mediator

- 38** Ein Mediator kann eine sensible Wahrnehmung der einem Konflikt zugrunde liegenden Probleme anstoßen und die Parteien dazu bringen, über bisher nicht gesehene Lösungen nachzudenken. Mit entsprechender professioneller Kompetenz, menschlicher Integrität, auch interdisziplinärer Vernetzung und Felderfahrung (z. B. Branchenkenntnis) kann ein guter Mediator viel erreichen. Empathie, Achtsamkeit, Beweglichkeit, Interesse, Behutsamkeit, Verlässlichkeit und Sorgfalt im Umgang mit den Beteiligten sind außerdem wichtig, um bisher nicht wahrgenommene und nicht zum Ausdruck gekommene Gefühle und Werthaltungen

¹³ § 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO.

¹⁴ § 4 Satz 2 MediationsG.

¹⁵ Wagner/Renken, Mediation aktuell: Zeugnisverweigerungsrecht in der Mediation – oder nicht? <https://www.mediationaktuell.de/news/zeugnisverweigerungsrecht-in-mediation-oder-nicht>.

sowie verworrene strukturelle Sachlagen zu durchschauen und aufzulösen. Das Wichtigste jedoch ist das Vertrauen der Parteien in den Mediator. Nur auf dieser Basis wird ein Transformationsprozess in Gang gebracht, der die Parteien zur Einigung führen kann.

a) Voraussetzungen, Ausbildung. Auch nach Inkrafttreten des Mediationsgesetzes im Jahr 2012 ist die Berufsbezeichnung „Mediator“ rechtlich nicht geschützt, im Prinzip kann sich also jeder Mediator nennen. Geschützt ist die Bezeichnung des „Zertifizierten Mediators“. So dürfen sich nach dem MediationsG nur Personen bezeichnen, die eine bestimmte Ausbildung abgeschlossen haben, Mediationserfahrung nachweisen können und spezifische Fortbildungspflichten erfüllen. Auch ein Rechtsanwalt darf sich nur dann als Mediator bezeichnen, wenn er durch „geeignete Ausbildung nachweisen kann, dass er die Grundsätze des Mediationsverfahrens beherrscht“. ¹⁶ Auch Steuerberater unterliegen als Mediatoren den Regeln ihres Berufsrechts. 39

Die Suche nach einem geeigneten Mediator sollte sich an dessen Ausbildung und Erfahrung orientieren. In Deutschland gibt es eine Fülle von Ausbildungsangeboten, die nicht alle die gleichen qualitativen Kriterien erfüllen. Nach der Zertifizierungsverordnung für Mediatoren darf sich „Zertifizierter Mediator“ nennen, wer eine Mediationsausbildung im Umfang von mindestens 120 Präsenzzeitstunden absolviert, sowie spätestens ein Jahr nach dessen Abschluss einen praktischen Mediationsfall bearbeitet und in einer Supervision reflektiert hat. Es kann hilfreich sein, sich bei der Suche nach einem kompetenten Mediator an der hier geforderten Dauer der Ausbildung zu orientieren. 40

Zahlreiche Verbände, ¹⁷ Institute und auch kommerzielle Organisationen bieten Hilfe bei der Suche nach einem geeigneten Mediator. In der Bau- und Immobilienwirtschaft ist bei Konfliktlösern darüber hinaus Sachkunde gefragt. ¹⁸ Es macht also durchaus Sinn, darauf zu achten, dass ein Mediator sich in der Branche auskennt. Der auf die Bau- und Immobilienwirtschaft fokussierte „MKBauImm e.V. – Mediation und Konfliktlösung in der Bau- und Immobilienwirtschaft“ etwa bietet einen Mediatorenpool von Rechtsanwälten, Sachverständigen, Architekten etc., die entsprechende Erfahrungen vorweisen können. ¹⁹ 41

b) Neutralität. Der Mediator kann das Vertrauen der Parteien nur gewinnen – und halten – wenn er wirklich ein neutraler Vermittler ist. Er darf schon nach dem Gesetz nicht vor, während oder nach der Mediation in derselben Sache für eine Partei tätig sein, etwa als Anwalt, und zwar auch dann nicht, wenn er in Sozietät mit dem Anwalt einer der Parteien ist ²⁰ – es sei denn, die Konfliktparteien erklären sich damit einverstanden. 42

¹⁶ § 7a Berufsordnung für Rechtsanwälte (BORA).

¹⁷ Z.B. der Bundesverband Mediation e.V., Berlin; die Mediationsstelle bei der Handelskammer Hamburg.

¹⁸ Siehe dazu noch unter Rn. 46 ff.

¹⁹ MKBauImm e.V.: <https://mkbauimm.de/>.

²⁰ § 3 Abs. 2, 3 MediationsG.

- 43 Mindestens ebenso wichtig wie dieser formale Aspekt ist aber tatsächlich die innere Haltung des Mediators. Er muss sich allen Teilnehmern in dem Konflikt so gleichmäßig zuwenden können, dass sich keiner übergangen oder benachteiligt fühlt. Alle Beteiligten müssen das Gefühl haben, dass der Mediator sich gleichermaßen für ihre Belange interessiert, das Verfahren nach allen Seiten einheitlich fördert und jeden ausreichend zu Wort kommen lässt. Deshalb wird die Neutralität in der Mediation auch „Allparteilichkeit“ genannt. Darin kommt zum Ausdruck, dass der Mediator allen Parteien die notwendige Aufmerksamkeit und Wertschätzung entgegenbringen muss, damit jeder dieselben Chancen hat, sich und seine Interessen einzubringen. Nur wenn dies gelingt, kann ein Prozess stattfinden, der zu einer für alle gleichermaßen akzeptablen und nach Möglichkeit auch befriedigenden Lösung führt.
- 44 Wenn das durchaus empfindliche gleichschenklige Dreieck zwischen dem Mediator und den Konfliktparteien in eine Schiefelage gerät, etwa weil eine der Parteien den Eindruck hat, dass der Mediator sich auf die Seite der anderen Partei ziehen lässt, kann die Mediation schnell scheitern. Es ist daher wichtig, dass der Mediator seine Haltung ständig überprüft und seine Verhandlungsführung so austariert, dass seine Neutralität nicht in Frage gestellt werden kann.
- 45 Diese Haltung des Mediators sollte auch darin zum Ausdruck kommen, dass er es grundsätzlich vermeidet, Lösungsvorschläge zu machen. In dem Moment, in welchem der Mediator den Parteien Vorschläge zur Lösung ihres Konfliktes macht, nimmt er ihnen die Chance, den Weg zur Lösung selbst zu finden, und damit auch ihre Autonomie. Ganz abgesehen davon, dass er sich so vom klassischen Prinzip der Mediation entfernt, kann wegen der Bewertung, die in jeden Lösungsvorschlag einfließt, bei den Parteien auch leicht der Eindruck einer Benachteiligung – oder Bevorzugung der jeweils anderen Partei – entstehen. Schließlich basiert die Mediation auf der systemischen Idee, dass niemand in dem Konflikt und den Möglichkeiten seiner Lösung so zuhause ist wie die Streitenden selbst, und schon deshalb verbietet sich eigentlich ein derartiger Eingriff in ihre Selbstbestimmung.
- 46 c) **Mediator in der Baumediation.** Die vorstehenden Ausführungen gelten grundsätzlich auch für die Mediation von Bausachen. Allerdings können die Besonderheiten in der Baumediation es erforderlich machen, dass der Mediator eine stärkere Rolle einnimmt, sich also aktiver mit Anregungen zur Gestaltung des Verfahrens und zu Lösungsvorschlägen einbringt. Wenn alle Parteien damit einverstanden sind, ist das kein Problem, der Mediator sollte aber spätestens in der Eröffnungsphase die Erlaubnis für so eine Gestaltungsfunktion nachfragen und einholen. Ein Baumediator gestaltet das Verfahren typischerweise in allen Phasen stärker als das sonst in der Mediation üblich ist.
- 47 Die Komplexität baurechtlicher Streitigkeiten erfordert eine intensive Strukturierung der Streitthemen. Der „starke Mediator“²¹ agiert auf der Basis seiner rechtlichen und branchenspezifischen Kenntnisse ähnlich wie ein Schlichter, achtet dabei aber nach wie vor auf die Autonomie der Parteien. Die Idee dabei ist, dass

21 Siehe unter <https://mkbauimm.de/der-starke-mediator/>.